LVDOVICI CHARONDAE IVRIS-CONSVLTI, ET IN SVPREMO FRANCORUM SENATU ADUOCATI, Πιθανῶν, seu verisimilium libri tres priores,

Ad clarissimum sapientissimúmque senatorem & quæstionum in suprema Francorum curia præsidem Iacobum Lignerium.

Eiusdem, ad eundem, de restituenda & in artem redigenda iurisprudentia præfatio.

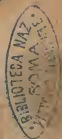
Eiusdem ad titulum de verbo. obligatio. scholia, & de iurisdictione & imperio libellus.

Tam lucida lumina



lumen offendunt.



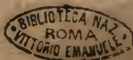


PARISIIS

Apud Ioannem Foucherium sub Scuto Florentiæ, via ad D. Iacobum.

1553.

Cum priuilegio.



J A Caccia

Extraict des registres de parlement.

APres auoir veu ce iourdhuy par la court La requeste à elle presentée par Iehan Foucher Libraire iuré en l'vniuersité de Paris, & pour les causes y contenues, Ladicte court a permis & permet audit Foucher pouuoir imprimer & exposer en vente vn liure traictãt de plusieurs matieres du droict ciuil, intitulé Ludouici Charondæ iurisconf. Parisiensis Πειθανῶν seu verisimilium lib. octo. Ensemble quelques autres liures du mesme autheur, qui sont commentaires & scholies sur aucuns celebres tiltres du droict. Deffendant à tous autres Libraires & Imprimeurs de ce ressort, Iceluy traicte & liures imprimer ne exposer en vente iusques à troys ans prochainemẽt venans. Sur peine de confiscatiõ de ceulx qui autrement se trouueroient auoir esté imprimez, & d'amande arbitraire. Faict en parlement le vingthuictiesme iour de Iuing. lan mil cinq cens cinquante troys. Collation est faicte. Ainsi signé

De S. Germain.

CLARISSIMO SAPIENtissimóque senatori & quæstionum in suprema Francorum curia præsidi Iacobo Lignerio.

Ludo. Charondas. S. D.



I possem agros fertiles, qui multo plus afferunt, quàm acceperunt, imitari (clarissime senator) infinita tua in me beneficia maiore mensura reddere conarer. Sed tanta est tuarum facultatum magnitudo, tui ingenij excellentia, tuæ dignitatis splendor, ut mea inopia, imbecillitas, meique nominis obscuritas, largiri, excogitare, publicare quidquã nequeat, quod parem illis tuis beneficiis gratiam referat. Quamuis enim eruditione, iudicio, authoritate, uirtute, & perfecta solidáque gloria inter excellentissimos ordinis senatorij præsides reluceas: mihi tamen indigno certè, tanta beneficẽtia támque familiari benignitate gratificatus es atque profuisti, ut me tibi obnoxiũ, sempérq; addictũ profitear. Primùm enim uirtutis, quæ me tibi sola obstrinxerat, uinculũ firmũ adeò & arctũ erat, ut nihil mihi antiquius, nihílque optabilius esset, quàm te unum colere, suspicere, & admirari. Nihil est siquidem (ut præclarè scribit Cicero) amabilius uirtute, nihil quod magis alliciat

ã ij

homines ad diligendum: quippe cum propter uirtutem & probitatem eos etiam quos nunquam uidimus, uel quibus cum loquuti non ſumus, quodam modo diligamus. Hoc autem arctius uinculum, quod me tibi officiorum prouocatione ligat, tantum eſse iudico, ut ſi tua ſplendidior clariórque dignitas redd· ſibi beneficium uellet: tibi nullo unquam modo ſatisfacere poſsem, ingratúſque perpetuò haberer. Illius uerò firma ſempiternáque memoria menti meæ ſemper inhærebit, certam meæ erga te obſeruantiæ ſignificationem edens: cuius erit pignus hoc leue munuſculum, quod tibi dicatum æquo ac libenti animo accipies. Vale. ex ædibus paternis Lutetiæ Pariſiorum. 1553.

AD EVNDEM ILLVSTRISSIMVM PRVDENTISSIMVMQVE PRAESIDEM IAcobum Lignerium,

Eiusdem Charondæ de restituenda & in artem redigenda iurisprudentia, Præfatio.



Irari satis non possum (illustrissime præses) quî factum sit, vt iuris scientia, quæ legitima dicitur, nulla artis lege & ratione tradi potuerit: cum eius finis sit humanam societatem continere, & tranquillam vitæ communitatem seruare: alię verò artes in naturæ obscuritate, in disserendi subtilitate, vel in dicendi facultate versentur: in quibus infinitæ sunt hominum otiosorum indagationes, quæ nihil aut parum humanis necessitatibus adiumenti adferunt: vt nō ineleganter diuinus ille Plato, eam veram esse philosophiam dixerit, quæ in hominum vita & moribus tota est. Mihi autem cogitanti & aliarum artium

originem ac progressum memoria repetenti visum est non diversam esse huius scientiæ in artem redigendæ rationem, ab ea quam primi eloquentiæ cæterarúmque doctrinarum artifices excogitarunt. Quanuis enim nullus iuris prudentiam arte concludere conatus sit,& quę in iuris authorum libris dispersa dissectáque leguntur, artificiosa quadam via colligere:aut si fortè tentauerit,nullam vtilitatem,leuem gloriam, solum denique audacis, inepti, & ignari hominis nomen consequutus sit: tamē si quis iuris fontes scrutari, ex iísq; veram non affectatam scientiam haurire voluerit,hominum minimè prudentum inscitiam imbecillitatémque potius, quàm certam atque sibi perpetuo consentientem legis rationem accusabit. Multi nanque errores, opinionúmque peruersitates,mentis (vt ita dicam) perstringunt oculos. Omnis autem iuris atque legis fons ipsa est natura. Et cùm multa sint in aliis artibus & grauia & vtilia accuratè copioséque a doctissimis viris disputata: latius patere vidētur ea quę de legibus tradita à iureconsultis & præcepta sunt.Nulla enim vitæ pars neque publicis,neque priuatis,neque forensibus,neque domesticis in rebus, neq; si tecum agas quid, neque si cum altero contrahas,lege vacare potest

teſt: in eáque colenda ſita vitæ eſt honeſtas omnis, & in negligenda turpitudo. Nam (vt magnus ille philoſophus & orator M. Tullius Cicero ſcribit) ſi quomodo natura, ſic iudicio homines, humani, vt ait poeta, nihil à ſe alienũ putarẽt, coleretur ius æquè ab omnibus. Quibus enim ratio à natura data eſt, iiſdem & recta ratio data eſt. ergo & lex, quæ eſt recta ratio in iubendo & vetando. ſi lex, ius quoque. at omnibus ratio, ius igitur datũ eſt omnibus. Et certè ſi quis huius ſcientiæ ortum ac progreſſum ab omni antiquitate repetere voluerit: eam nõ inuentam neque excogitatam, ſed cum ipſa natura natam, & omnium hominũ mentibus inſitam exiſtimabit. Nam ſilueſtres & inculti homines, inuẽtis ſtatim verbis, quibus voces mentíſque ſenſa notarent ac exprimerent, vt tandem propter glandem atque ſedes ferarum more pugnare deſinerent, leges quaſdam inter ſe tulerunt, quibus ad politiorem ciuiliorémque vitam ſeſe conuerterunt, oppida munire cœperunt, publica à priuatis diſtinguere, negotiari, & permutare. Vnde per omnes populos peragrauit iuſtitia, & ſuos igniculos cuiuſque animo ingenerauit: vt nulla ſit tam barbara gens, nulla tam fera natio, quæ non habeat inſtituta ſua aliqua, ad quorũ

Lib. 1. de legib.

obſeruationem non mediocriter inflãmetur. Quinetiam leges latronum eſſe dicũtur, quibus pareant, quas obſeruent. Quod quidem facere nequirent, ſi nullus iuris ſtimulus eos excitaret. Hæc igitur ſcientia originem habet à natura: deinde doctrinà confirmata eſt. Inuẽti enim ſunt prudẽtes, qui infirmam adhuc & imbecillem iuris peritiã, vtilibus ſuis ſanctionibus, legibus, placitis, edictis, opinionibus, ſententiis, reſponſis auxerũt. Sic autem quiſq; eam tractabat, vt hanc illius tãtum partem explicaret, quam ad eius ciuitatis, cuius gubernacula ſuſceperat, adminiſtrationem pertinere exiſtimabat, aut de qua conſulebatur, aut ingenio ſuo adſequi, vel memoria comprehendere poterat. Nullus autem erat, qui certam artificioſè doctrinam ſcriberet, vel totum ius cõplecteretur: niſi quis Ciceronem & C. Iulium Cæſarem idipſum tentaſſe dicat, aut veterum Iuriſcõſultorum inſtitutiones, digeſta, pandectas, & maximè edicti prętorij factam à Iuliano compoſitionem, cæteróſque illius generis libros totum ius comprehendiſſe ſentiat: eóſque magis exoptet quàm hæc abſciſſa & mutila veteris iuris prudentiæ fragmenta, quæ ſic à Triboniano diſpoſita ſunt, vt nullus ſit, qui non ea legẽs, integrorum voluminum iacturam

Iuris prudẽtia originẽ habet à natura: ſed doctrina confirmata eſt.

ram grauiter molestéque ferat. Non est tamen priuandus sua laude Tribonianus. Nam cum infiniti essent & verbosi commentarij, in quibus eædem sæpius iuris sententiæ repeterentur, & contrariæ multę legerentur: non temerè ac inutiliter omnia prudentum scripta in vnam reducere consonantiam tentauit: sed ea quoque nobis relinquere debuit, vt si tanquã leges obtinere non possent, ad interpretationem certè valerent. Nec enim tot tantósque labores in suis ostentandis lectionibus, quas apparatus appellant, interpretes suscepissent: faciliúsque ex integris I.C. libris hãc artem colligere fuisset. Nec enim vllus illorum eam disertè tractauit, vt nec etiam recentiores nostri iuris professores: quorum sententias hoc loco referre non statui, sed meam duntaxat breuiter explicare. Itaq; ex præceptionnm obseruationibus sic conflari & componi artem posse arbitror, vt doctrina qua de agitur, primùm definiatur, tum in suas formas aut partes distribuatur. Sed in diuidendo tota difficultas versatur: eas enim species constituere oportet, quæ propriam ipsius doctrinę naturam explicent. Ita ego cum iurisprudentiam artem esse de iure respondendi dixissem: responsorúmque appellatione, prudentum sententias, opi-

Artis tradendæ ratio.

Definitio et diuisio iurisprudentiæ.

niones, interpretationes, consulta, cautiones, omnia denique placita cum Cicerone, Pomponio, Iustiniano, aliísq; probatis authoribus interpretatus essem: tum duas in partes hanc doctrinã distribui, in iuris vim, & responsum. his enim tota iurisprudentiæ natura exprimitur: nec quidquam de iurisprudentia dici potest, quod ad hæc duo capita referri non possit. Vis autem iuris (vt Hermogeniano placuit) in acquirendo, in conseruando, aut in minuendo versatur. Sed & dominia & obligationes aut acquiruntur, aut conseruantur, aut amittuntur. Atque hæc ad personas, res & actiones pertinent. Ad eas enim omnis acquisitio, conseruatio, aut amissio respicit. Est nanque ius aliquod personarum: cùm earum sint dominia & obligationes. Sunt etiam rerum dominia & obligationes. Omnium autem effectus in actione consistit. Actionis verò appellationem latissimè patere existimo: vt ea quicquid agitur, quod ad dominia, vel obligationes acquirendas, conseruandas vel alienandas pertineat, comprehendatur: ideóque etiam interdicta & criminalia iudicia. Præterea de responsis tradidimus præcepta, nec enim de omni quæstione consultus respondet. Hæc nostra fuit inuentio, quam

duobus libris,quos iuriſprudẽtiæ nomine inſcripſimus,complexi ſumus:& ita hanc artem tractare voluimus, vt nihil à nobis diceretur, quod non in iuris authorum libris inueniretur: eandémq; noſtra lingua ſcribere inſtituimus,ſed hanc ornatiorem edemus: atque tuæ clariſsimæ, honeſtiſsimæ, pudiciſsimæ, omniúmque diſciplinarum ingenuis benéque natis fœminis dignarum peritia excellentiſsimæ filiæ(ſi tibi placeat)dicabimus. Nã præter Latinorum Græcorúmq; iuriſconſultorum ſententias,noſtrorum regum atque ſenatus conſtitutiones, placita & conſulta adiiciemus. Et illa quidem ratione totam iuriſprudentiæ artẽ tractari poſſe conſtat, quam ſcholaſticis interpretibus in mentem veniſſe optarem. Illi enim nõ veram, ſed ſimulatam philoſophiam affectantes, ſuis potius commentis inſeruire,& incognita pro cognitis habere, ipſiſque temerè aſſentiri voluerunt, quàm id quod ab ipſis iureconſultis naturalem æquitatem vt optimam ducem ſequentibus ſcriptum erat, approbare. Ex quo homines imperiti nouam (proh dolor) iuris, vel potius iniquitatis artem confinxerunt. Quos etiam ex recentioribus interpretibus plerique imitantur, & tamen impudenter ſibi iuriſconſulti no-

men tribuunt & arrogant. Sed hos modeſtius ferẽdos eſſe arbitror. Nam cùm hoc tempore ſoli æſtimentur, ſoli prudentes habeantur, ſoli ſapere videantur illi, qui multis opibus fortuníſq; ſuperbi, omnes in ſui admirationem trahere conantur, qui ad ſummos honores peruenerunt, qui ſuam oſtentare, ſplendidíſq; & arrogantibus verbis iactare ſcientiam, vt multitudini placeant, poſſunt: excuſandi quidẽ ſunt illi, qui tempori & loco ſeruiunt. id enim ſapiẽtis (vt inquit Cicero) ſemper eſt habitum. De iis autẽ non loquor qui verè iurecõſulti ſunt, & qui ſepultã ac penè extinctam iuriſprudentiã erigere, ac ſuæ integritati reſtituere & poſſunt & volunt: quales multos Biturigum academia alere ſolet, & veſter quoq; ſenatus. Multos enim ſcio veteribus Romanis ſenatoribus comparandos, vel etiam præferendos, & inter cæteros Andream Tiraquellum, Michaëlem Hoſpitalium, Ioannem Odoardum, & Antonium Sẽnetonium, præclara veſtri ordinis ornamenta: quibus cum ſi cæteri eruditione, iudicio, & morum grauitate contenderent, perfectior, nobilior, excellentiórq; ſenatus ab orbe condito nullus inueniretur. Prætermiſeram doctiſsimum illum, omnibúſque gratiſsimum Ludouicũ Mommirelliũ: cui tanquam alteri

Andreas Tiraquellus, Michael Hoſpitalius, Ioannes Odoardus, Ant. Senetonius ſenatores clariſsimi. Lud. Mommirellius ſenator doctiſsimus.

alteri patri ſtrictiſsimè addictus ſum. Sed (vt ad me reuertar) in iuriſprudentia ea arte componenda elaborans, in multas incidi quæſtiones, quas continuum noſtri tractatus progreſſum interrumpere poſſe cognoui. Ideóq; earũ pleraſque ſic collegi, vt quæ in interpretatione magis verſarentur, ſcholiis illuſtrarẽ: quę verò lõgiorem diſputationem conſultationémque requirerẽt, ſub quæſtionum titulo emitterem. Illius autẽ generis adnotationum libros octo ſcripſi, quos Labeonem iureconſultum ſequutus, Πιθανῶν, ſeu veriſimilium titulo inſcripſi. In tanta enim opinionum confuſione, & quadam velut perturbatione, ſiquid dicatur quod veritatis ſpeciem præ ſe ferat, probandum eſt. Neq; ego ita meis ſcriptis blandior, vt iis tantum authoritatis tribuẽdum exiſtimem, atque veſtris placitis conſultíſque, quæ tanquã firma certáque oracula ὡς ἐκ τριπόδος eduntur. Has verò noſtras exercitationes reiicient fortè doctores ſcholaſtici, quòd meas inuentiones ſplẽdidis & apparentibus titulis eorum more non oſtentem nec extollam. Futiles enim iſti indoctíque homines, ſi nũc hallucinari Bartolum, nunc ſe nouas opiniones tradere dicant: nihil ſibi deeſſe putant ad magnũ I.C. nomen adſequendum, vt Cæcilius, ſi ex vetere aliqua ora-

Quare hic liber Πιθανῶν titulo inſcribatur.

tione Iouẽ Optimũ Maximũ, aut quid ſimile didiciſſet, perfectus ſibi orator videbatur. Fateor equidem nullas contra iuris authorũ ſententiam opiniones, ideóq; nec nouas, nec ipſis inauditas effinxiſſe, ſed veras & antiquas, noſtris quidem interpretibus non ſatis cognitas reſtituiſſe: quas ſiquis ideo nouas appellare velit, quòd ipſius Labeonis exemplo, in iis quæ mihi tradita fuerũt, perſeuerare nequeã: ei facilè concedã me plurima innouaſſe, nec ex gloſſis, ſed ex noſtris iureconſultis, quicquid id eſt quod ſtudioſè collegi, didiciſſe. Quamobrem cùm te vnum rex noſter elegerit, vt nobiliſsimo Senatorum cœtui præeſſes: & te grauibus multis quæſtionibus extra ordinem decretis præfecerit, cui potius quàm tibi prudẽtiſsimo Cenſori hæc mea ſcripta offeram, nullum inuenire nec poſſum, nec cupio. Verùm meis laboribus & vigiliis maius reportaſſe præmium me exiſtimabo, ſi tibi magnis, publicíſq; occupationibus per otium relaxato ea legere placuerit.

INDEX CAPITVM SEV LEGVM Iuris ciuilis, quæ in his libris explicantur, atque rerum insigniorum, quæ in iis etiam tractantur.

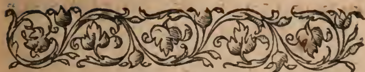
LIBRO PRIMO.

Cap. prim. De iure naturali, gentium & ciuili, ad titulum primum Pandect. *Fol.* 1

De possessioni.cap.6.fo.eod.

LIBRO TERTIO. 125

FINIS.



ΠΕΙΘΑΝΩΝ SEV VERISIMILIVM LIBER PRIMVS.

De iure naturali, gentium & ciuili, ad titulum primum Pandectarum.

Cap. primum.

Ad cap. primum.



IVRI operam daturum prius nosse oportet, vnde iuris nomen descendat. Vt enim primùm philosophi qui in naturæ obscuritate versantur, ex quibus principiis vnaquæque res proficiscatur, indagant: ita necesse est eum qui ad iuris peritiam omne suum studium, omnem operam & industriam conferre velit, principiò iuris fontes scrutari. Est autem ius à iustitia appellatum: atq; ex iustitiæ fontibus manat: vt falsum esse apud Ciceronem Scipio cōtendat, quod à quibusdam

Refert Aur. August. lib. 19. de ciuitate dei.

nõ rectè sentiẽtibus dici solet, id ius esse, quod ei qui plus potest, vtile est. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda nõ sunt: nec enim is notationẽ & verbi etymologiã explicat, vt otiosa videatur disputatio, an iure prior sit iustitia: nec vtilior ea quę de ouo & gallina apud Censorium tractatur. Et certè neminem philosophorum, qui rectè de moribus scripserit, esse scio, qui non ius à iustitia manare, eámque in omnibus iuris partibus obseruari debere senserit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam societatem & vitæ quasi communitatem pertinet: Ea suum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parẽtibus pareamus, vt fidem in pactis, transactionibus, stipulationibus, commodato, deposito, & in omnibus omnino contractibus seruemus, iubet.

Aristo. lib. 5. Ethic.

Ad vers. Ius est ars.

ARtem pro præceptorum collectione philosophi accipiunt: quorum rationem sequutos esse prudentes nõ existimo: cùm de iure cõsulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificiosè ars componeretur: bonum tamen & æquum profiterentur. Quanuis non ignorem

rem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quàm bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis aliíſque Mathematicorũ libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidem ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur: quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarum rerum notitiam profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamen poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondendi. In qua artificioſè colligenda elaborant omnes: nullus promouiſſe aliquid videtur. Hîc igitur artem pro notitia & cognitione accipiemus: vt etiam ipſe interpretatur Vlpianus. Bonum autem & æquum ſemper vſurpatum eſſe non apud iuriſconſultos ſolũ, ſed apud philoſophos & oratores etiam pro iuſto ac honeſto legimus, nunquam verò pro eo quod ad vitæ cõmoditatem iucũditatémque, ad facultates rerũ atque copias pertinet. Atq; ita hæc verba explicat iuriſconſultus, cùm ait: Iuſtitiam nanque colimus, boni & æqui notitiam profitemur.

Ad ver. huius studij.

HOc studium quod iuri operam daturus suscipit, in duabus thesibus totum est: aut enim in iure publico, aut priuato ponitur. Publicum autem ius ex ciuilibus præçeptis collectum est. Illud enim ipsum vnaquęque ciuitas ad continendam publicam vtilitatem, súmque statum conseruandum constituit.

Ad ver. Priuatum ius.

CVm de iuris studio agimus, ipsum ius de quo consulti respondent prudentes, intelligimus, quod populi Romani ius appellatur. Nam secundum Saluij Iuliani scripturam debent omnes ciuitates (vt scribit Imperator) cõsuetudinem Romæ sequi, quæ caput est orbis terrarum. Hoc autem ius collectum est & cõpositum ex præceptis naturalibus, gentium & ciuilibus, id est, iis quæ vel natura, vel gẽtium consensus, vel ciuitatis mores constituerunt. Non est igitur curiosè inquirendum quomodo ius naturale ars boni & æqui dicatur, cum ea distinctio tria hæc capita nõ vt formas eius iuris cui operam daturus est aliquis, cõtineat, sed vt ex quibus ipsum ius cõflatum est. Nam & ex iure naturali quædam honestatis species colligitur.

In pri. constitu.

colligitur. Omni enim animãtium generi innatus eſt coniunctionis, & eorum quæ procreata ſunt educationis appetitus: qui cùm hominibus etiam inſit, non immoderatus, ſed naturalis intelligẽdus eſt. Hoc autẽ naturæ præceptum, ius quoque naturale dicimus, quod non ſolum humani generis proprium eſt, ſed omnium etiam animalium, quæ in terra, quæ in cœlo, maríque naſcuntur. Neque iis aſſentimur, qui ius naturale definiri ſentiunt, quod hominem facere vel non facere iubet natura. Quanuis enim ex ſenſu & naturali voluptate quicquid proficiſcitur, huius nõ ſit iuris: ea tamen vis animantibus principio innata, qua ſubſiſtunt, & ſe, vitam corpúſque tuentur, atq; ſuum genus conſeruant, naturæ ius dicitur: quòd id ipſum omnia animalia natura docuerit. Neque exemplum maris & fœminæ coniunctionis (quam matrimonium appellãt) ab Vlpiano propoſitum ideò finitionem reſtringit, vt de eo tantùm iure intelligatur, quod ex communi ſenſu profectum humana probauit ratio. Satis enim conſtat huiuſmodi interpretationẽ à iuriſconſulti mente alienam eſſe. Sed vt ingenuè quod ſentio fatear, minus propriè belluis (quæ tantum quantum ſenſu mouen-

tur,ad id quod adeſt,quódque præſens eſt, ſeſe accommodant, rationis omnino expertes) iuris nomen conuenire videtur. Generalius autem ab Vlpiano aliiſque iuriſcõſultis ipſum vſurpari exiſtimo, vt etiam dicatur iuſſus atq; inſtinctus naturæ, quo omnia animantia ad ſui corporis, & ex ſe procreatorum tutelam aliáque huius iuris præcepta excitantur. Ius enim à iubendo ductum videtur. Illud autem eſt ius gentium, quo gentes humanæ vtuntur, nec hominum cum cæteris animalibus commune eſt. Et ipſum quidem vſu exigẽte & humanis neceſsitatibus naturalis ratio: inter omnes homines conſtituit. Itaque à iuriſconſultis naturale ius nõnunquam dicitur, nõ quòd ipſum natura omnia animalia docuerit, aut quia omnium ſit gentium, cum reliquis animantibus commune: ſed quia (meo iudicio) humanæ gentes naturali ratione, & melioris diuiniorîſque naturæ quodam præcepto atq; vno conſenſu & eadem ſentẽtia, ad ſui conſeruationem ipſum inter ſe conſtituerunt: quod non opinio genuit, ſed certa quædam ſcientia. Ideóque ex vtilitatis ratione aut perſpicua aut obſcura nobis in conſuetudinẽ venit, ab ipſíſque hominibus authoritatem accepit. Licet enim

L. Omnes. infrà hoc tit. et inſtit. de iure nat. gẽt. & ciui.

nim seruitus,contra naturam (quæ liberos omnes procreat) introducta sit: non tamen sine vlla naturali ratione: cũ alios dominari, alios parere conueniat: sitque imperãtis, & eius qui paret, naturalis coniunctio salutis causa constituta. Nam & corpus animi imperio regi,& eos quibus natura vim ad prospiciendum consulendúmq; aliis tribuit, præesse ac imperare: eos verò qui corporis viribus ad exequenda consilij mãdata valent, parêre & seruire oportet, quòd certè vel ipsa nos iubet natura. Non est igitur mirum, si non solùm iuris authores, sed etiam alij magni nominis viri nunc ius gẽtium, nunc ius naturale dicant, vt Martianus lib. iij. Institu. & Paulus qui ipsum semper æquum & bonum appellat, atque cæteri cùm de obligandis natura seruis & pupillis agunt. Quem enim natura obnoxium dicimus, qui iuris gẽtium vinculo ad dandum faciẽdúmve obstringitur, siue ea obligatio naturali tãtum æquitate nitatur, vel ex nuda veniat pactione, siue ex iis conuentionibus quas iurisgentium appellamus. Quæ enim ex illa vi quam natura omnibus animãtibus tribuit, nasci obligatio potest? Sed quid multis? Theophilus Græcus paraphrastes nunc ius gẽtium per abusio-

Aristote. lib. pri. politic.

L. ij. & iiij. de rer. diui.

L. penult. infrà hoc titul. §. Sed naturalia. de iur. nat. gẽt. & ciui. l. Cum amplius. §. Is natura. de regu. iur.

Titu. de iu. natu. gent. & ciuil. Titu. de rer. diuis. L. ij. hoc titul.

nem vocari ius naturale dicit: nunc hoc ius quod ciuili antiquius esse constat, vnà cum humano genere in lucem à natura productum esse scribit. Atque Pomponius erga Deũ religionem, vtque parentibus & patriæ pareamus (ad quorum obseruationẽ ipsa nos procreasse natura videtur) iurisgẽtium esse dicit.

Ad cap. iij.

VItæ corporísque defensionem, omnibus animantibus concessam, iuris esse naturalis constat. Tuendæ autem hominum societatis gratia, receptam quodam vsu iniuriæ propulsionem vindicationémque, iuris gentium dicimus. Et certè nullo rationis vinculo coniunguntur belluæ, sed solo naturali instinctu declinant ea quæ nocitura sunt, desiderio naturali (quod etiam iis rebus quæ terra eduntur, inest) sibi simile procreant, illúdque sua quadam opera & industria conseruant. Homines verò societatis & communionis gratia nati, ad cœtus & congregationes apti, vt alterum alteri insidiari nefas esse iudicant: ita iustum esse iniuriam propulsare, atque illatam vlcisci ducunt: ideóque Caius lib. vij. ad edictum prouinciale, scribit aduersus periculum

Arist. Pol. lib. pri. Ci. lib. pri. of. L. Itaque. ad leg. Aqui. et Ci. pro Mil.

naturalem

naturalem rationem permittere se defendere. Hanc verò gentium consensu in mores perductam sui defensionem si cum moderatione legibus præscripta spectes, ea non iuris gentium sed ciuilis erit, quoniam certa forma a lege cō probata sit. Et quidem Paulus cū dixisset vim vi defendere omnes leges omniáque iura permittere, subiecit illum solum qui vim infert, ferire concedi, & hoc si tuendi duntaxat non etiam vlciscendi causa factum sit. Hæc autem ciuilis defensio ad Florentini responsum non pertinet: à quo proposita exempla, ad ius etiā naturale omnium commune animalium imperatorem referre probabile non est, sed ad ius gentium quod hominibus positum est: quanuis permultos ita sensisse non ignoro. Verùm nostra sententia ex iis verbis præclarè (ni fallor) confirmatur: & cum inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequēs est hominem homini insidiari nefas esse. Nec eos naturæ nomen mouere debebat, cùm hæc ipsa societas & vitæ quasi communitas naturali ratione ac quodā iure constet, atq; naturæ nomen non vna significatione vsurpetur, nec semper ius illud quod ex vi & instinctu omnibus animalibus innato venit, significet.

L. ij. C. vnde vi.

L. scientiā. ad legem Aquil.

Ad cap.iiij.

EX eo ius gentium à naturali recedere constat, quia omnibus alterum animalibus, alterum solis hominibus commune sit. Et gentium quidem ius vnum est, optima ratione constitutum, naturæ in quibusdam contrariũ, vt in seruitutum constitutione. eam enim natura incognitam, hominum consensus ex vtilitate induxit, cùm vis facultásque ipsis innata conseruari aliter non potuisset, vt suprà diximus. Quamobrem ea naturæ iuris distinctio mihi non placet, qua transire aliud in ius gentium, aliud in suo nomine stare sine vlla iuris cõsultorum authoritate traditur. Ius enim naturę vnum idémque est, commune nihil cum iure gentium habens, sed distincta omnino separatáque præcepta, quæ tota ex instinctu naturali pendent. Ius autem gentium recta ratione & meliori naturę cõsentiente, atque cœlesti (vt est apud Ciceronem) lege, siue diuina quadam (vti imperator scribit) prouidentia constitutum est. Ideóque naturale etiam (vt sæpius à nobis repetitum est) dicitur.

§. Sed naturalia, Inst. titu. de iur. nat gen. & ciuil.

Ad cap.v.

QVæ ex hoc iure gentium (quo de agimus) introducta sint, explicat Hermogenia-

genianus. Et hæc quidẽ exempla eiuſdem ſunt cum religione, pietate, & vindicta generis, atque naturali ratione, cui hominum accesſit authoritas, conſtituta. Aliud autem de communi omnium libertate dicendum quis ignorat? cùm omnes omnino æquales, eiuſdémq; conditionis natura homines procrearit, intérque ipſos vt inter cætera nihil differentiæ animalia conſtituerit. Quæſtionis eſt, cùm apud innumeras gentes (vt ex Hiſpanorum nauigationibus relatum eſt) ſolus ſit permutationis vſus: atque pretium in emendo vendendóque neceſſarium ſit, vt eo non interueniente, contractus emptionis celebrari nequeat: inuẽtionem verò nummorum Aeginetis plerique tribuant, quî ex iuregentium introductas huiuſmodi conuentiones Hermogenianus ſcripſerit? Non ignoro quoſdam emptionem pro permutatione hîc accipere. Sed verius eſt vt dicamus cum Paulo emendi vendendíque originẽ à permutatione cœpiſſe. Quanuis autem omnes gentes emptionis contractum celebrare non conſueuerint, à quibuſdámq; populis primùm ille introductus ſit, non minus tamen iuriſgentium videtur. Nam & ab ipſis tantùm hominibus, non autem à cæteris ani-

§. Pretium. inſt. tit. de empt. & l. ij. de cõtra. empt.
L. i. de contra. empt.

mantibus celebratur: nec vnius ſolum eiuſdémque eſt ciuitatis aut populi: licet apud omnes peræquè gentes non cuſtodiatur: vt à maiori parte totum nomen accipiat. Primam igitur inſtitutionem adeóque ipſam originem non inſpicimus, à quibus ſcilicet populis contractuum quiſque in mores venerit, ſed ipſarum præterea gentium communem approbationem & conſenſum. Et in aliis quidem con tractibus (quos eiuſdem apud omnes gentes poteſtatis eſſe probabile non eſt) hæc quoque obſeruanda ſunt. Nam & Vlpianus hoc nos iure vti ſcribit, vt iuris gentium ſit acceptilatio: quam tamen conſtat ex ritu & ſolennitate populi Romani primùm vſitatam fuiſſe, vt etiam de ſtipulatione dici poteſt. Ex hoc iure gentium obligationes inſtitutas omnes eſſe, exceptis quibuſdam quę à iure ciuili introductæ ſunt, reſpondit Hermogenianus. Cuius adeò mihi placet ſententia, vt ex eo iure naturali quod vetuſtius plerique appellant, nullam omnino naſci obligationem crediderim: quod iam à nobis probatum eſt. Cuiuſcunque ergò generis obligatio ſit, quæ vel ex legitimis non deſcendat cauſis, vel certo iure ciuili confirmata non ſit, vel ex Prætorum iuriſdictione

L. An inutilis. de acceptilat.

non

non proficiſcatur, eam iuris gentium eſſe arbitror, ſiue ad faciendum duntaxat officium obliget, ſoláque naturali æquitate ſuſtineatur, & ex æquo ac bono veniat: ſiue ex hominum authoritate, & quadam gentium conſuetudine proficiſcatur: ſiue ex nuda pactione quę ſolo nititur conſenſu, ſiue ex ea conuentione, quam propriè contractum appellant, oriatur. Naturalis tamen ſæpius huiuſmodi dicitur obligatio: quia, vt ipſum ius gentium, naturali ratione & quadam lege introducta eſt. Nam eum qui fidem alteri dat ſeſe aliquid daturũ vel facturum, natura obligari reſponſum eſt. Obſeruandam verò naturali ratione fidẽ homines didicerunt: ne ius humanæ ſocietatis violaretur. Sed ea belluis (quas omnes natura rationis expertes procreauit) nullo modo conuenit. Memini tamen Tryphonium videri naturalis obligationis originem ad ius naturale nõ gẽtium referre. Nam ſcribit: Vt enim libertas naturali iure continetur, & dominatio ex iure gentium introducta eſt: ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt. Verùm hæc verba eam recipiunt interpretationem, vt in omnibus his obligationibus ad naturalem libertatem re-

L. Naturalis. de oblig. & act. aliisq; sim.

L. Cum amplius. de re. gu. iu.

L. Si quod. de condic. indeb.

ſpiciamus. Et certè non ex communi omnium gentium iure ſeruis interdicta ſunt commercia, ſed ipſi quod attinet ad ius ciuile, pro nullis habentur. Sed & ipſe Triphonius de bona fide quæ in contractibus exigitur, diſputans, indifferenter iuris naturalis & gentium verbis vtitur. Atque quod cæteri iuriſconſulti indebitum natura, naturali iure vel naturaliter dixerunt, Celſus in eâdem ſentẽtiam iure gentium ſcripſit: vt non ſine ratione dicere quis poſsit vel iuriſconſultos horum verborum differentiam curioſè non obſeruaſſe, vel alios aliter iuris diſtinctionem tradidiſſe. Nã & videtur Caius in duo tantum genera ius diducere, in gentium ius, & ciuile.

L. quod attinet, de reg. iur.

L. Bona fides. depoſit.

L. indebitũ. de cond. indeb.

L. Omnes populi. hoc ti. l. j. de acqui. rer. domini.

Ad cap. VI.

PRincipio vim inſtinctúmque natura omni animantium generi tribuit, vt coniunctionis appetitum procreandi cauſa, qui omnibus communis eſt animalibus. Deinde gentium conſtitutiones ſequutæ ſunt, quæ ex vtilitatis ratione aut perſpicua aut obſcura nobis, in cõſuetudinem venerunt, atque ex iis ius gẽtium introductum eſt ſolis hominibus commune: quod in totum à naturali minimè recedens,

non-

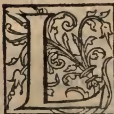
nonnulla quæ ab illo antiquo iure profecta ſunt,aluit,& vſu comprobauit, vt maris & fœminæ coniunctionem (quam matrimonium appellamus) generis conſeruandi,& ſocietatis continendæ gratia homines approbarunt. Poſtremò ad fundandum reipublicæ ſtatũ quiſque ſibi populus iura cõſtituit. Nam qui optimè in repub. verſati, cæteris vſu & prudentia præſtabant, facilè iudicarunt communem ciuium tranquillitatem conſeruari non poſſe, ſi ea tantùm quæ vel à natura profecta,vel ab omnibus approbata ſunt gentibus,obſeruarentur,aut ſi ea paſsim & ſine delectu omnia obtinerent. A iure igitur naturali vel gentium omnino non recedentes,ea iuri communi addiderunt vel detraxerunt, quæ ad publicam vtilitatem, ciuium conſociationem, & quaſi vitæ communitatem pertinere arbitrati ſunt. Neq; enim omnia quæ vel natura inſeruit,vel gentium approbauit conſenſus, leges ita ſanciunt, vt ſi cõtrà fiat, iudicium inſtituatur: ſed multa iuris ciuilis auxilio deſtituta remãſere. Quare naturalem ſemper æquitatem rationémque leges imitantur: ſed etiam bono publico maximè inſeruiunt. Eſt ergo ius ciuile cuiuſque ciuitatis proprium,quod ex legibus,

plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis principũ, authoritate prudentium venit. Qua Papinianus definitione ius prætorium (quod minimè prætermiſit Iuſtinianus) complexus non eſt. Ipſum enim iuris ciuilis adiuuãdi, vel ſupplẽdi, vel interpretatione quæ ex bono & æquo fit, corrigẽdi gratia introductum eſt: ideóque ius abſolutè dicitur: quanuis ſæpius ad prætorium, iuris ciuilis nomen pertineat. Nec enim minus (vt à Paulo ſcriptum eſt) recte ius dicitur in ciuitate noſtra ius honorarium. Ex his intelligitur non ſatis cognita ex interpretum commentariis priuati iuris diſtinctio.

§. Scriptũ. de iur. nat. gent. & ciuil.

L. penul. hoc titu.

De lege Regia, ad cap. 1. de conſtitut. principum. *Cap. ij.*



LEGE antiqua, quæ regia nuncupatur, omne ius omnémque poteſtatẽ populi Romani in Imperatoriam tranſlatam eſſe poteſtatẽ reſcribit Iuſtinianus: idémque ipſe in ſuis inſtitutionibus refert, nec aliis quàm hîc noſter Vlpianus, vtitur verbis. Et veriſimile quidem eſt latam ſub Octauio Cæſare legem fuiſſe, qua populus in eum

In prima conſtitu.

Titu. de iu. natur. gent. & ciuil.

in eum cæteróſque imperatores omnem ſuam poteſtatem (quæ maieſtas dicebatur) tranſtulit. Cum is enim primum à populo princeps diceretur, omniáque ad publicam vtilitatem referre videretur, poſtea publica authoritate placuit vt ipſe ſolus reipublicæ conſuleret, atque imperator & Auguſtus appellaretur, odioſum enim erat regis nomen. Non igitur hęc lex ſic lata eſt, vt ſua cuique principi certis conditionibus poteſtas tribueretur. Nam pręclare ſcribit Arcadius libro ſingulari de officio præfecti prætorio, regimenta reipublicæ ad imperatores perpetuò tranſlata fuiſſe. Et eam ipſam legem imperii appellat Alexander Seuerus impera. qua ſolennibus iuris imperatorem eſſe ſolutum ait. Sed quid multis? generaliter Vlpianus noſter latam hanc legem fuiſſe de imperio principis ſcribit. Ex quorum verbis conſtat populum ſuo imperio deſtitutum fuiſſe, vt illud perpetuò apud principem eſſet, licet tantum dicat Pomponius id principi tributum eſſe, vt quod ipſe conſtituiſſet, pro lege ſeruaretur, id eſt, atque ſi lege rogatum eſſet, ſiue publica authoritate placuiſſet (hęc enim verba eadem apud Pomponium ſignificatione vſurpantur.) Et certè quod populi ſuffragio conſtituebatur, lex à veteribus

Trãquillus in Auguſt. Cornel. Tacitus.

L.j. de offi. præfec. praetor.

L.iij. C. de teſta.

L.2. de orig. iur.

L. de quib⁹ de legib. dicebatur. Neque verò dicit Iulianus ſuo tẽpore quo Adrianus imperabat, populo tributum fuiſſe ſuffragium, ſed ita de conſuetudine diſputat. Cum leges quæ apud populum rogatæ ſunt, nulla ex alia cauſa nos teneant quã quòd eius iudicio receptæ ſint: meritò & ea quæ ipſe ſine vllo ſcripto probauit, tenebunt omnes. Non ignoro quoſdam ex Cæſaribus aliquam populo, vt ei gratiores eſſent, vtque publicæ vtilitati magis conſulere viderentur, poteſtatem tribuiſſe. Sed & Tranquillum de Caligula ſcripſiſſe memini, ingreſſo vrbem, cõſenſu Senatus, & irrumpentis in curiam turbæ irrita Tyberii voluntate, qui teſtamento alterum nepotem ſuum prætextatum adhuc cohæredem, quæque ei dederat, ius arbitriúmque omnium rerum illi permiſſum eſſe. Dicitur autem hæc lex Regia, quia regũ exactorũ poteſtas, quam ſibi ſumpſerat populus, ad principem tranſlata ſit: quaſi de regio dominatu concedendo cõferendóve lata: vt Annariam, Agrariam, Frumentariam, aliáſque huius generis leges nomen ab eo accepiſſe legimus quod rogatum erat: vt curioſè perquirendum non exiſtimem cuius regis fuerit, nec Papyrii librum expectandum. Eſt & alia lex Regia cuius meminit Marcellus, eáque à nonnullis

L. Negat. de mort. infer.

Rhem-

Rhemnia dicitur. Verùm quicquid ſit, ipſam vt à noſtra diuerſam hîc explicare non poſſumus.

Ad Titulos de iuriſdictione & officiis Magiſtratuum. *Cap.* 3.

Prætorem aliúmve magiſtratum dici quoque iudicem.

EA quæ de iuriſdictione & imperio à nobis ſcripta & edita ſunt, non repetimus: venit tamen in mentem prętoris, datorúmque ab eo iudicum officii diſtinctio: quam & nunc quoque probamus. Sed tamē in iuriscōſultorū libris obſeruauimus iuriſdictionē iudicātis dici. Scribit Caius, ſi idē cū eodem pluribus actionibus agat, quarum ſingularum quātitas intra iuriſdictionem iudicantis ſit. quem locum nō rectè interpretantur qui de dato iudice iuriſconſultum loqui exiſtimāt. Is enim notionē tantū nō iuriſdictionē habebat. Quòd ſi quis prætorem dici iudicem arbitretur, atque ita Caium ſenſiſſe, ſi idem cum eodem plures de diuerſis ſummis (quarum ſingularum quantitas ſit intra ipſius iuriſdictionem) actiones habere velit, putet: videat ne non

L. Si idem, de iuriſd.

L. Ait Prætor. de re iudicat.

prætoriæ iurisdictionis vim & magnitudinem intelligat. Equidem in ea sum opinione, vt is locus intelligi de eo cui mandata est iurisdictio posit. Is enim & dare iudices poterat, & speciem tantum vnam iurisdictionis habere. Verum alios obseruaui locos, in quibus prætor iudex appellatur. Paulus lib. pri. ad edictum cum dixisset ad Prætorē vel alios præsides qui iurisdictioni præsunt, in ius vocatum venire debere, subiecit: Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa à competente iudice multa pro iurisdictione iudicis dānabitur. Tum addit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius aduersarium non venisse, remittit prætor pœnam. Vlpianus lib. i. ad edictum. Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, & consentiāt: inter consentientes cuiusuis iudicis qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio. Africanus libro vii. quæstionum. Quæsitum est, quæ partes iudicis sint? respondi, patri nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem. Quibus in locis iudicē pro prætore, atque in Caii respōso pro procōsule (si quis nōnullorū sententiam à nobis notatā probet, scribit enim ad edictū prouinciale) accipi cōstat. in ius nāque vocare est ad eū qui

L. Cum prætor. de iudic. L. Solet. de iurisd. Liui. Decad. i. li. iij. L. Ex quacunque. Si quis in ius voc. L. j. de iudi. L. Titia. Solut. matrim.

qui ius dicturus sit, id est ad prætorem, vt etiã in veteribus fabulis rem aut ad populum, aut in iure, aut ad iudicem esse dicatur. Qua de re scribit eleganter Duarenus. Sed & prætoris officio contineri dare aut denegare actiones Pomponius ait. Sed quid multis? scribit libr. v. Opinionum Vlpianus: qui neque iurisdictioni præest, neque à principe potestate aliqua præditus, neque ab eo qui ius dandorum iudicum habet, datus est, nec ex compromisso sumptus, vel nec ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit.

§. Omnium instit. de pœna temere litigan.
Plautus in Menech. act. 4.
lib. 1. Disputat. animi. cap. j.
L. veluti. de verb. obligat.
L. Qui neq; de iudic.

Ad cap. iij. de officio proconsulis & legati.

QVod à Martiano lib. i. institut. & hîc ab Vlpiano scribitur, apud legatum proconsulis neminem manumittere posse nec adoptare, quia non habet iurisdictionem talem: interpretatur Paulus vt apud proconsulem, postquam vrbem egressus est, vindicta manumittere possimus, sed apud legatum eius non prius quàm prouinciam ingressus est. Atque ita sensisse Martianum præcedentia eius verba ostendunt. Sed maiorem habet dubitationem quod scribit noster Vlpianus omnino non esse apud eum legis actionem, nec enim ea verba sic restringere possumus,

L. ij. hoc titu.
L. Apud proconsul. de manu. vin.

vt intelligatur cum prouinciam ingreſſus eſt legatus. Nam & apud ſolum populi Roma. magiſtratum legis actionem eſſe, non ſolum Modeſtinus ſcribit, ſed etiam hiſtoriæ teſtantur: quæ ratio mouebat Vlpianum vt adoptari apud proconſulis legatum non exiſtimaret. Eadem illa ratione adoptari apud iuridicum qui Alexandriæ agit, poſſe dicit: quia data eſt ei legis actio. Sed cum Paulus ſcribat, legatum mandata ſibi iuriſdictione, iudicis dandi ius habere: videndum eſt quid ſenſerit Vlpianus: ſcribit enim Pomponius ex legibus 12. tabu. compoſitas fuiſſe actiones, quibus inter ſe homines diſceptarent. Quas actiones ne populus prout vellet inſtitueret, & certas & ſolennes eſſe voluerunt: & appellabatur hæc pars iuris, legis actiones: quæ cùm prius apud collegium pontificum eſſent, venerunt poſtea ad magiſtratus populi Romani, vt ad prætorem: Nam ſcripſimus aliquando ex Fabij Victorini ſententia, (quæ doctis quibuſque viris placuit) prætorem qui ius dicebat, iudices cauſæ dediſſe, & agendi formulam iudicibus à ſe datis præſcripſiſſe. Cuius antiqui moris extant pleraque in oratorum, hiſtoriographorum & noſtrorum iuriſconſultorum libris exempla. Sed & idem Pomponius,

L. iiij. de adop.

L. j. de offi. iurid. Alex.

L. Legatus. hoc titu.

L. ij. de origi. iur.

Cice. lib. ij. de leg. li. ij. Rheto. & pro Cecin.

Vict. in Cicero. de inuen. lib. ij.

ponius has legis actiones formam agendi cōtinere scribit: atque adoptiones & emancipationes olim habuisse suas eius generis formulas non dubito. Itaque verius est vt dicamus apud proconsulem, vt apud cæteros populi Romani magistratus (quos maiores appellant) legis actionem fuisse, eúmque solum formulam ac solennitatem agendi præscripsisse. Verùm legato ex iurisdictione sibi mandata licuisse iudices dare, & controuersiæ formam ex proconsulis authoritate dictare. Qui enim mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandauit iurisdictione vtitur: quanuis proprium id habeat, quòd particulare aliquid, nec ipsi cum cæteris priuatis commune, mandatam scilicet iurisdictionem exerceat. *L.j.de offic. eius cui.* *l.Legati.de offic.procōs.*

Ad versic. Veritas. cap. vi. Titu. de offic. præsidis.

NObilis est quæstio, an iudex ea sequi debeat, quæ allegantur & probantur, an verò suam (vt aiunt) conscientiam. In eáque explicanda multi laborant: sed ego ipsam esse facti quæstionem, ideóque ex diuersis circunstantiis pro boni & æqui ratione decidendam semper existimaui. nec enim ita suo sensui, opi

nioni, ingenio, & affectui iudicem blandiri oportet, vt reiecta probatorum authoritate, dubia pro certis habeat. Sed & animaduertere debet, ne falsis aut suspectis probationum actorúmq; illusionibus rei veritas offendatur. Nam sæpe in iuris authorũ libris legimus has & similes verborum formas à veteribus vsitatas: Ex sententia animi tui existimare te oportet: & illud sequetur iudex quod optimum putarit. Cæterùm huius versiculi ea mihi nõ videtur esse sentẽtia, quæ vel his, vel illis placuit: Sed eius interpretatio ex proximis iuriscõsulti verbis pendet. Dixerat enim extortas metu venditiones & cautiones, vel sine pretij numeratione, prohibere præsidem prouinciæ. Nunc tanquam superiorum rationem, regulam subiicit, qua monet sequendũ non esse illud quod per errorem gestum est (vt si quis in vẽditione deceptus pretium non acceperit) sed veritatem rerum, quæ cognoscitur fide eorũ quæ probantur.

L.3.§.eiusdem quoq; de testib.l. Illud in causis probãdis de manum. vind.l. appellari. Quis à quo appelletur & alijs sim.

Ad cap.iiij.De offic.assess.

HVius capitis hic mihi videtur esse sensus. Si legatus Cæsaris ante tẽpus quo ei manere in prouincia concessum erat (certũ enim ipsis tempus à principe præstituebatur, adeò vt

Cassiod. de for. præsid.

vt Seuerus Imperator referente Aelio Spartiano primus ſtatuerit, vt nulli ante quinquẽnium ſuccederetur) deceſſerit, datur comitibus reſidui temporis ſalarium, quod ipſis à legato præſtitutum eſt ac præfinitum (legẽdum enim eſt à legato præſtitutum, vt Florentinus Codex habet, non præſtitum, vtcunque interpretentur nonnulli) niſi eo tempore cum aliis legatis fuerint. Diuerſum in eo legato ſeruatur, qui ſucceſſorem ante tempus accepit. Succeſſor enim vel alios ſubſtituit, atq; ita illi amplius non aſsident, nec ſuis partibus funguntur: vel hos ipſos retinet, qui cùm ſalarium accipiant, aliud reſidui eiuſdem temporis non habent.

Ad cap. ix. de iuriſdictione.

VTiliſsimum id edictum prætorem propoſuiſſe, quo dominis proſpiceret aduerſus maleficia ſeruorum, ſcribit Vlpianus: videlicet ne cùm plures furtum admittant, euertant domini patrimoniũ, ſi omnes dedere, aut pro ſingulis æſtimationem offerre cogatur. Poteſt igitur ex hoc edicto tantum offerre (ſi velit) quantum ſi vnus liber furtum feciſſet, & retinere familiam ſuã. Poſtea ſubiicit, ſi plures ſerui damnum culpa dederint, æquiſsimum eſſe

L. j. Si familia furtũ feciſſe dicatur.

eãdem facultatem domino dari. Refert etiam Caius illud quæſitum eſſe, an quod proconſul in furto obſeruat, quod à familia factum ſit (id eſt, vt non in ſingulos detur pœnæ perſecutio: ſed ſufficiat id præſtari quod præſtandum foret, ſi id furtum vnus liber feciſſet) debeat & in actione damni iniuriæ obſeruari? Sed magis viſum eſſe idem obſeruandum: & meritò. Cùm enim circa furti actionem hæc ratio ſit, ne ex vno delicto tota familia dominus careat: eáque ratio ſimiliter in hac actione damni iniuriæ interueniat: ſequitur vt idem debeat exiſtimari: præſertim cùm interdũ leuior ſit hæc cauſa delicti: veluti ſi culpa & non dolo damnum detur. De iniuria verò idem ipſe Caius ſcribit: Si plures ſerui aliquẽ ſimul ceciderint, aut conuicium alicui fecerint: ſingulorũ proprium eſt maleficium: & tanto maior iniuria, quanto à pluribus admiſſa eſt. Imò etiam tot iniuriæ ſunt, quot & perſonę iniuriam facientium. Conſtat igitur in eadem cauſa furtum & damnum eſſe: aliam verò eſſe iniuriæ cauſam. Quid eſt igitur quod hic noſter Paulus res eaſdem album à familia corruptum, iniuriam & damnum faciat, in eíſque plura facta, in furto autem vnum intelligi dicat? Quæ diuerſitatis ratio inter damnum & furtum dari poteſt?

L. Illud. ad le. Aquil.

L. Si plures De iniur.

poteſt? Sed videtur hæc ideo conſtitui à Paulo differentia: quia prætor de furto à familia facto edixerat: atque cùm vidiſſet iniquum eſſe omnes ſeruos noxæ dedere, cùm tota familia rem contrectaſſet, permiſerat eam offerri æſtimationem quam liber obtuliſſet. De damno verò quia nihil edixerat, idem dicendum non videbatur. Cùm enim damnum per partes à pluribus daretur, ideóque plura facta intelligerentur, magis ad album corruptum & iniuriam accedere videbatur. Sed ex prudentum conſilio & interpretatione (quibus id æquiſſimum viſum eſt, vt ſi damnum familia dederit, idem atque in furto obſeruetur) receptum eſt, quanuis plura facta intelligantur. Nec eſt quod hanc ſententiam infirmet, cùm ſatis conſtet prætorem proconſulémve nullum huiuſmodi de dãno à familia dato edictum propoſuiſſe: ſed cùm dubitaretur, an eius atque furti eadem eſſet cauſa, prudẽtes æquitatem ſequuti viderũt rationem, quæ circa furti actionẽ erat, in hac quoque damni à familia dati interuenire. Sed quid multis? Si rectè Pauli noſtri verba intelligamus, eum cum cæteris idem ſentire cognoſcemus. Ait enim: Quemadmodum & cum plures ſerui iniuriam fecerunt, vel dãnum dederũt, plura facta ſunt, nõ (vt in furto)

vnum (Octauenus hîc quoque domino ſuccurrendum ait.) Sed hoc poteſt dici, niſi dolo malo curauerit, vt ab alio album corrumperetur: quoniam tunc vnum conſilium ſit, nec plura facta. Idem Pōponius libro decimo notat. Sic ego legendum arbitror, atque ita in vetuſtiſsimis codicibus nō ſolùm manu ſcriptis, ſed etiam Venetiis excuſsis ſcriptum inueni: non vt in vulgaribus libris: ſed hoc poteſt dici, ſi dolo malo, &c. Et certè hæc verba ad proxima quę ex Octaueno refert Paulus, reſpicere non poſſunt. Sic enim ea interpretari oporteret, ſuccurri domino, ſi dolo malo ipſe curauerit. Ea igitur ad ſuperiora referemus, vt de familia quæ cōſilium corrumpendi albi dedit, intelligantur: vt edictum quidem locum habeat, niſi familia dolo malo curauerit, &c. hæc autem verba, Octauenus hîc quoque domino ſuccurrendum ait, parēthesi claudentes ſic interpretabimur, vt ſenſerit Octauen' hîc, id eſt in hac poſteriori ſpecie, ſcilicet ſi plures ſerui damnum dederunt, domino ſuccurrendum eſſe. Satis enim conſtat hîc particulam ad proximiora referri, ſi duo vel plura ſint quæ proponantur.

De pa-

De pactis. *Cap.* 4.

Pacti definitio & diuisio, ad cap.i. de pactis.



PActum est duorum pluriúmve placitum, & in idem consensus. Quicquid autem inter aliquos cõuenerit, pactum dicendum non est: sed consensus ad dandum faciendúmve adstringens pactionem parit, vt alter alteri saltem natura obnoxius fiat: atque ad ea quæ inter eos placuerunt, seruanda obligetur. Latissima est igitur pacti seu pactionis (pro eodem enim vsurpatur) appellatio. Nam si quid inter se pepigerint homines, si quid inter eos conuenerit ex pacto (inquit Cicero in veteribus Rhetoricis) ius est. Et quidem Vlpianus pactionẽ atque pactum (quæ cõiugata sunt) pro eodem accipi disertè ostendit. Hîc enim pactionem esse dicit duorũ pluriúmve in idem placitum & consensum: alibi verò pactum appellat duorum consensum atque conuentionem. Nec mouet quod à nonnullis scribitur, plenam absolutámq; pacti definitionem eam non esse, sed generi vnam tantum differẽtiam addi, qua ostendatur quid inter pactum & pactionem intersit. Nam quicquid sit, constat certè

Hæc l. & l. 3. de pollic. Theoph. §. fin. de oblig. inst. lib. 3. a. L. Iurisgẽtium. L. si vn°. L. si cũ fundũ. L. Cõtra iuris ciuilis. de pactis. & alij. In quibus nunc pactũ aut pactum cõuentũ nudúmve, nũc pactio vel pactio nuda dicitur. b. L. 3. de pollic.

certè pactionis definitionem pacto conuenire. Quòd autem pactio latius pateat, nũquam probatum est. Et quod ab Vlpiano scribitur pactum à pactione dici, vnde etiam pacis nomen appellatum est: ex Celsi consilio intelligendum videtur, ne verba captemus, sed eorum sensum inquiramus. Quis est enim grammaticorum (quorum muneris pars maxima in etymologiis tota est) qui pactum & pacem à pactione deriuari (sic enim loquuntur) existimet? Vult igitur iurisconsultus pactum ex eo nomen accepisse, quòd pactio fiat inter aliquos: vnde & pacis nomen appellatum est, quia paciscentes conciliantur. Sæpe tamen pactum, vt etiam conuentio, eam significat pactionem, cui & causa & nomen deest. Pactum in duo genera cum Cicerone & iuris cõsultis diducimus. Illud enim est vel conuentum, vel iustum seu legitimum. Hæc Ciceronis verba: Pacta sunt, quę legibus obseruanda sunt, hoc modo, Rem vbi pagunt, oratione pagunt. Sunt item pacta quæ sine legibus obseruantur ex conuentu, quæ iuri præstare dicuntur. Pactum igitur cõuentum est quod sine legibus ex solo conuentu obseruatur: ipsúmque ideo nudum vocant, quia legis auxilio destitutum, nudæ innititur conuentioni, atque

L. Scire leges. de legi.

Titu. de pac. Dig. et C. L. lecta. Si cert pet. & al.

Cice. lib. ij. ad Heren. & libr. 2. de inuen.

L. Solent. de præ. ver. L. Si tibi. C. Locati.

atque in solis placiti finibus consistit, nihil habens negotij. Ita enim pactum cōuentum accepisse iuriscōsultos, multis ex Pandectarum locis colligere est. Ita Vlpianus lib.iiij.ad edictum accepit. Cum enim dixisset nudam pactionem formare actionem, subiecit, solere nos dicere pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis. Atque ita & cæteri. Quod enim Vlpianus nuda cōuentione pignus contrahi dixerat [a], contrahi hypothecam per pactum conuentum scripsit Caius. [b] Sed & Cicero lib.ij. de Orat.ait: At verò in foro tabulæ, testimonia, pacta conuenta, stipulationes, cognationes, affinitates, &c. Aliud autem pactum iustum appello, quasi suis numeris absolutum, adeóque firmum, vt ipso iure valeat. Eadem nanque à iurisconsultis significatione legitimum atque iustum dici pactum sentio. Scribit enim Paulus naturalem obligationem iusto pacto ipso iure tolli. Cuius ego responsum de legitima intelligo conuentione, quæ etiam iusta appellatur, quasi legibus consentanea, omninóque seruanda. Is enim ipse Paulus libr. 3. ad edictum, ex pacto nasci vel tolli obligationem scripsit, quoties lege vel S. C. adiuuatur. Huiusmodi autem pactum legitimum appellat, quia lege aliqua confirmatur. Et nulla

L. Iurisgentium.

L. Et heredi. et ali. de pac. L. Pacta conuenta. de cont. empt.

a. L. j. de pignor. act.

b. L. Cōtrahitur. de pigno. & hypot.

L. Stichum aut Pamphilum. § . Naturalis. de solu.

L. Tale pactum.

L. Epistola. hoc ti.

L. Legitima. eo.

quidem ipſo iure diſſoluitur obligatio,niſi pactione legitima: licet naturalis obligatio quæ æquitatis ſuſtinetur vinculo,exceptione tollatur.Ideóque Paulus eodem ad edictum libro, prius pactum per poſterius elidi ipſo iure negat,ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur. Huc pertinet quod Paulus iuſtam hæreditatẽ legitimam interpretatur: & Iulianus iuſtam conuentionem eſſe ſcribit,ſi quælibet cauſa in cõditione iuriſiurãdi deducta fuerit,cuius vim eã eſſe reſpondit, vt nõ ſolùm iuriſiurandi exceptio dari debeat,ſed etiam ſolutũ repeti poſſit.Eſt etiam illud obſeruandum, quod is ipſe Iulianus lib.xv.Digeſtorũ ſcribit,In emptionis contractu ſi res ſecuta fuerit, niſi iuſta conuentio interuenerit, actiones ex empto & vendito manere:cùm prius dixiſſet emptionẽ nuda conuentione diſſolui,ſi res ſecuta nõ fuerit.

L. Si vnus. §. Pactus ne pet. eo.

L. iij §. De illo. pro ſocio.

L. Si quis cum debitore. de iureiur.

L. cum emptor. de reſcinden. vendit.

De vi pacti. ad cap. xxvij. de pactis.

EAm nõ eſſe pacti vim conſtat, vt ipſo iure actionem tollat, ſed per exceptionem elidat. Si enim cum creditore pactus ſit debitor, ne à ſe pecunia petatur, nihilominus obligatus manet, atque efficax aduerſus eum competit actio, iuſtúmque eſt obligatum dare facere.Quia verò contra pactionem condẽnari

eum

eum iniquum eſt: pacti conuenti exceptione, cõſiſtẽs ipſo iure obligatio diſſoluetur. Poſtea verò ſi cum debitore pactus ſit creditor vt peteret: prius pactum per poſterius non quidem ipſo iure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur, ſed replicatione eliditur exceptio: quia in ſtipulationibus ius continetur: in pactis factũ verſatur. Et ipſo quidẽ iure elidi obligatio dicitur, quę ex iuris forma, & ſine vlla exceptionis ope tollitur: vt à Prætore actio, ſi petatur, deneganda ſit. Nam iure ciuili, ac populi Romani legibus, certi obligationum tollẽdarum modi comparati ſunt, vt ſolutio, ſtipulatio, acceptilatio, nouatio. Itaque in ſtipulationibus ineſt iuris vinculum: quod vt neceſsitate adſtringit, ſuúmque effectum ſine aduentitio aliquo auxilio ſortitur: ita per ſe obligationem ex priori contractu proditam diſſoluit. In pactis verò nulla huiuſmodi continetur obligatio, ſed ſola conuentio: ipſúmque adeò contrahentium factum verſatur. Illa enim neque approbantur, neque reprobantur iure ciuili. Pręetor autem qui ſeſe pactum ex bono & æquo ſeruaturum edicit, non quidem eius nomine actionem pollicetur, verùm exceptionem ex vi naturalis obligationis quæ pacto ineſt, productam non ſinit extingui: cuius ope diſſolui-

§. Praeterea. inſtit. titu. de excep.

Arg. L. ſi tibi. de pact. & l. ſi noxale. de nox. act.

Tit. inſt. Quib. mo. tolli. oblig. l. Obligationum. de oblig. & act.

tur obligatio. Nã & prætoriis exceptionibus (inquit Cicero) multæ excluduntur actiones. Cùm igitur ad prætorem actor iuris experiundi causa reum vocaret, ísque actoris postulatione (quam vulgò intẽtionem appellant) rei verò exceptione audita controuersiæ vel causæ (ea enim apud prætorem agebatur) genus formaret, & quodammodo agẽdi potestatem daret: non quidẽ purè, sed sub exceptione (extra quàm si pactus sit ne peteret) iudicium cõcipiebat. Nec enim actionem denegare audebat prætor, ne apertè legis authoritatem conuellere videretur.

Lib.ij. de inuen.

L.ij. de in ius vocan.

De pacto nudo & sponsione.

EX nudo pacto non nasci actionem scribit Vlpianus, & nudi quidẽ appellatio sic intelligitur, quasi solum atque simplex sit pactũ: ideóque & nudum dici potest, quod sine stipulatione est, vt constitutum. Memini enim Pauli iurisconsulti recepta. sentent. interpretẽ nudum pactum sic aliquãdo explicasse, vt verius sit non nudum appellari, quod vel stipulatione, vel traditione sumit effectum. quodcũque enim sit in rerũ traditionibus pactũ, id valere manifestũ est. Et Paulus li. 2. recep. sentent. tit. 23. Omnibus pactis (inquit) stipulatio subiici debet,

§. De constituta. inst. de act.

Libr. ij. titu. xiiij.

L. Diuisionis placitũ.

L. in traditionibus. de pac.

debet, vt ex ſtipulatu actio naſci poſsit. Quod autem de conſtituto diximus, ſic intelligi nolumus, vt ex conſtituto tanquam pacto geminato actio detur. Non eſt enim cōſtitutum pactum huiuſmodi nudum, vt ſuprà declarauimus, ſed ex prætoris iuriſdictione ſubſtantiam capit: vt Vlpianus lib. lv. ad edictum explicat: ex cuius, vt nec ex aliorū iuriſconſult. ſcriptis, nullū de huiuſmodi geminatione verbū colligi poteſt. Neque verò probabilius eſt ex pacto nudo actionem naſci propter ſenatuſconſultū & legem Titiam & Corneliam de aleatoribus, & iis qui in iis rebus ſponſionem faciunt, quæ virtutis cauſa fiunt. Quanuis enim ſenatuſconſultū vetuit in pecuniā ludere, præterquam ſi quis certet diſco vel pilo iaciendo, currendo, ſaliendo, luctando, pugnando, quod virtutis cauſa fiat: nō tamen actionem ciuilem induxit, ex qua, pecunia propter hæc licita exercitia promiſſa peteretur. Multa enim conceduntur, quorum tamen nomine actio non eſt prodita. Ideóque in iis ex lege Titia & Cornelia permiſſum eſt ſpōſionem facere. Sponſionis autem verbo ſtipulatio intelligitur: Atque ita Cicero in oratione pro Quintio ſcribit: Spōſionem facere maluit, fecit: Te iudicem C. Aquili, ſumpſit: ex ſponſo egit. Aſconius Ped.

Tit. de conſtituta pecunia.

L. ij. & iij. de alea.

L. ſi quis. de relig. & ſumpt.

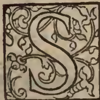
L. Spōſio. de ver. ſignific.

in iij. contra Ver.orat. Rursus ſponſione (loquitur de vindiciarũ lite) ipſe prouocatur ab aduerſario certæ pecuniæ, aut æſtimationis, quam amittat,ni ſua ſit hæreditas de qua contendit. Impp. Theodo. Arca. & Hono. de aulicorum ſuffragio reſcribentes,aiunt:ſi qui deſideria ſua explicare cupientes, ferri ſibi à quoquam ſuffragium poſtulauerint,& ob referendam vicem ſe ſponſione conſtrinxerint,id eſt, ſtipulatione obligauerint,neque enim hoc reſcriptum de aduocatorũ poſtulatione, neque de nudo pacto intelligendum eſſe cum Alciato exiſtimo.

Tit.iij. lib. 4.Cod.

De ſeruitutibus. *cap.* 5.

Ad cap.ix. de ſeruitut.



Cribit Celſus, ſi cui ſimpliciter via per fundum cuiuſpiam cedatur vel relinquatur, in infinito videlicet:per quamlibet eius partem ire agere licebit: modò ciuiliter. Ait verò Paulus:ſi via,iter,actus, aquæductus legetur ſimpliciter per fundũ, facultas eſt hæredi,per quam partem fundi velit, conſtituere ſeruitutem, ſi modò nulla captio legatario in ſeruitute ſit. Quare videtur Celſus legatario, Paulus

L.ſi via. de ſeru.ruſt. prædio.

Paulus autem hæredi eligendi facultatem dare, si non sit definita & determinata seruitus. Sunt qui existiment legata simpliciter seruitute viæ, itineris, &c. electionem hæredi esse per quam partẽ fundi velit eam constituere. Quòd si hæres eligere aut nolit aut negligat, legatario per quamlibet fundi partem ire agere licebit. Sed cum I. C. nullum de huiusmodi recusatione vel negligentia verbum fecerint, verius videtur nihil referre, vtrius sit electio seruitutis in fundo definiendæ, dummodo si hæres eligat, id sine captione legatarij fiat. Sin verò legatarius, ciuiliter id faciat, & sine seruientis fundi detrimento.

De differentia Itineris actus & viæ. Ad cap. xiij. de seruitut.

VLpiani verba referẽs Iustinianus, ait: Iter est ius eundi, ambulãdi hominis, nõ etiam iumentum agendi, vel vehiculum. Actus est ius agẽdi vel iumentũ vel vehiculũ. Ita qui habet iter, actum non habet: & qui actum habet, & iter habet, eóque vti potest etiã sine iumento. Via est ius eundi, & agendi, & ambulandi. Cùm multæ sint inter huiusmodi seruitutes differentiæ, ea videtur maxima, quæ ex definitionibus colligitur. Iter enim est quo quis pe- L. Inter actum. de seru. rust.

des vel eques commeare poteſt. Actus verò, vbi & armenta traiicere, & vehiculum ducere licet. Via & iter & actum in ſe continet: atque vtriuſque definitionem recipit ac complectitur: vt quod dicimus eum qui actum habet, & iter habere, non ex vi & proprietate verbi, ſed ex veriſimili paciſcentium voluntate, vel potius interpretatione intelligẽdum ſit. Quis enim agere vel iumentum vel vehiculum poteſt, niſi ipſe eat? Probare autem non poſſum quod ſcripſit Alexander ab Alexãdro, iter eſſe ius eundi per fundum alienum hominis tantum: actum hominis & iumenti: viam verò, hominis, iumenti, & vehiculi. Conſtat enim & ex iis quæ diximus, & ex Paulo, ius agendi vehiculum actu contineri. Ille tamen in noſtrorum iurecõſultorum libris, quo ſe tueatur habet. Scribit enim hîc Põponius, Si tam anguſti loci (demonſtratione facta) via cõceſſa fuerit, vt neque vehiculum, neque iumentum eà inire poſsit: iter magis quàm via aut actus acquiſitus videbitur. Sed ſi iumentum per eam duci poterit, nõ etiam vehiculum, actus videbitur acquiſitus. Sed hæc ita intelligenda ſunt, vt etiam ſi vehiculum agi non poſsit, actus tamen conſtitutus videatur, ſufficiátque vt duci ſolum iumentum queat. Ideóque & in definitione

Lib. ij. genial. Die. cap. xx.

L. Qui ſella. de ſeruit. ruſt. præ.

nitione vsi sunt & iurisconsulti, & Iustinianus disiūctionis particulis. Sunt & aliæ inter illas seruitutes differētiæ. Nā lege duodecim tabularū certus viæ modus præscriptus ac definitus est, vt eius latitudo in porrectum octo pedes habeat: in anfractum, id est, vbi flexum est, sedecim. Potest tamen (vt inquit Paulus) constitui vel latior octo pedibus, vel angustior cōstitui: vt tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire poterit. Verùm latitudo actus itinerísque ea est, quæ demonstrata est. Quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum esse, inquit Iabolenus: qui licet dicat legitimā deberi viæ latitudinem, si ea dicta non sit: dicendum tamen non est præscriptum non esse iure ciuili modum, cùm ita sit certus & definitus, vt si alius pactione constitutus non sit, is ipso iure, ac ex lege debeatur, sine vlla arbitri determinatione. Aliam Paulus differentiam explicat lib. xxxix. ad edictum.

L. Via. de serui. rust. præd.

L. Via. illo tit.

L. Certo generi. ill. titu.

L. Qui sella. illo titu.

L. Ergo. de serui. rustic. præd.

Ad cap. xiiij. de seruitutibus.

Inst. tit. de seruit.

PRædiorum gratia seruitutes constitui, nec vltrà concedi posse quàm quatenus ad fundum opus sit, constat. Ideóque ipsis prædiis inhærere & deberi, non personis, dicuntur, eo quòd sine prædiis constitui nequeant. Ser-

L. Qui in aliena. §. fin. de neg. gest.

L. Vsus ex socius. §. quāuis. de seru. rust. pr.

uitus enim ius eſt atque qualitas prædio accedens.[a] Ea autem res eſt incorporalis, qua nullus tam continenter támque perpetuò vti poteſt(vſus enim poſſeſsionis loco habetur [b])vt nullo momēto eius interpellari videatur poſſeſsio. Non eſt igitur mirum ſi longo tempore non acquirantur,cum ſine poſſeſsione vſucapio contingere non poſsit, réſque incorporalis nec poſſeſsionem nec vſucapionem recipiat.Eius tamen poſſeſsionem habet qui corpus çui accedit poſsidet. Itaque Vlpianus nūquā per ſe ſeruitutes, ſed cum ædificiis vſucapi poſſe ſcribit. Et Scribonia quidem lege ſeruitutum vſucapio ſublata eſt.Quare Paulus nec poſsideri iura incorporalia, nec quem à via mero iure expulſum videri reſpondit. Verùm ſeruitutis libertatem ipſo iure vſucapi poſſe ſanctum eſt. Nam ita fundus ſuo iuri reſtituetur, quem liberum à ſeruitute poſsidemus. Vtilitatis autem gratia receptum eſt, vt qui ſeruitute diuturno & legitimo, hoc eſt decem inter præſentes, vel viginti inter abſentes annorum tempore nec vi, nec clam, nec precario ab alio vſus ſit: eam ipſe quaſi iure impoſitam vſucepiſſe videatur. Et hoc quidem acquiſitionis genus quaſi vſucapio dicitur, cujus nomine quaſi actio id eſt vtilis prodita eſt.

a. Arg. L. Quid aliud. de ver. ſign. L. penul. de euic.

b. L. quoties via. de ſeruit. L. Sine poſſeſ. de vſucap. l. Seruꝰ de acqu. poſſeſſ. L. Si ædes. §. Libertas. de ſeru. vrba. præd. L. Aliena. §. hoc iure. de vſuc. l. Sequitur §. vlt. de vſucap.

L. Si quis diuturno. Si ſeru. vind. L. j. §. vlt. de aqu. plu. arc. l. apparet. de itin. actúq; priu. L. ij. C. de ſeruit. & aquæduc.

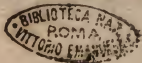
Vt verius ſit legẽ Scriboniã quæ ſeruitutum prohibuit vſucapionem, ſubtili illa ratione quòd poſsideri non poſsit res corporalis, prudentum interpretatione correctam fuiſſe. Sed quicquid ſit, tota hæc controuerſia Iuſtiniani conſtitutione deciditur. Is enim cenſuit vt omnes ſeruitutes non vtendo amittantur, non biennio (quod vſum & authoritatẽ fundi eſſe lex iuſſerat[a]) ſed decennio contra præſentes, vel viginti annorum ſpatio contra abſentes: vt in omnibus rebus huiuſmodi cauſa ſimilis ſit, exploſis differentiis. Quamuis autem iuriſconſulti ſimpliciter tempus lege definitum, ſtatutum, conſtitutum, longum, diuturnum, legitimum dicant, hæc tamen verba ex Iuſtiniani conſtitutionibus interpretationem capiunt, quod & ipſe Triboniano reſcripſit. Quamobrem ea nobis non placet diſtinctio qua ſeruitutes quaſdam continuas, quaſdam verò diſcontinuas eſſe traditur. Nam (vt eleganter à Longouallio ſcriptum eſt) omnes omnino ſeruitutes perpetuam cauſam, hoc eſt (mea ſententia) naturalem conditionem ac materiam quæ ad ſeruitutis vſum ſemper idonea ſit, habẽt, adeo vt licet aſsiduè continentérque iis non vtamur, ſic tamen ſubſiſtant, vt natura perpetuò duraturæ ſint.

a. Cicer. pro Cecinna & in Topic.

L. Sicut. C. de ſeruit. et aquædu.

Conſt. j. ad Trib.

L. foramẽ. de ſeruit. vrb. præ.



Ad L. Si priusquam. de oper. no. nuntiatione.

SI quis vicino ædificanti ius non esse altius ædes tollere intendat, nec res ab eo defendatur: hunc prius vltro agere ius sibi esse inuito aduersario altius tollere, quàm ædificet, necesse est. Contrà si quis ædificans fortè prohibeatur à vicino, ideóque ius sibi esse agat, aduersarius verò cõtumax non defendat, hic nõ prius ædificãtem, ne nouum faciat opus prohibebit, quàm de iure suo probauerit. Duo igitur Africanus seruitutum genera attingit. Ad quorum vnius persequutionem confessoria competit actio, qua ædificãs ius sibi esse altius ædes tollere intendit. Altera verò seruitus negatiuã parit actioné, qua ius ædificanti nõ esse alti' ædes tollere aduersarius agit. Et hæc duo seruitutum genera cum Iustiniano & iurecõsulto recipimus: cætera quæ effinxere nõnulli, omnino reiicientes. nec enim iureconsultus dixerit negatiuam esse altius tollendi seruitutem affirmatiuis conceptam verbis, & altius non tollendi confessoriam negatiuis expressam verbis. Si enim cuiusque seruitutis non verba tantùm, sed vim quoque inspexeris, constat vnam eò pertinere, vt ius tollendi altius

§. Aeque. de action.

inuito

inuito vicino competere nobis, eúmque pati debere, quod alioqui pati non tenetur, intendamus: alteram verò vt ius vicino tollendi altius nullum deberi, eúmque ne id faciat quod alioqui facere posset, contendamus. Est igitur actio illa confessoria, hæc autem negatiua. Ea enim est seruitutum natura (inquit Pomponius) vt patiatur quis, aut nō faciat aliquid. *L. Quoties. de seruit.* Et Vlpianus: De seruitutibus, in rem (ait) actiones competunt nobis (ad exemplum earum quę ad vsumfructum pertinēt) tam confessoria quàm negatoria. Cōfessoria ei, qui seruitutes sibi competere contendit: negatoria domino, qui negat. *L. ij. si seruit. vindic.* Sed & idem Vlpianus cōfessoriam fructuario competere scribit, qua vti frui ius sibi esse intendat: proprietatis autem domino dari negatiuam, qua neget inuito se ius esse vtendi fruendi fructuario. *L. vti frui. Si vsusfr. peta.* Quare de seruitutibus disputat Africanus noster: & ea verba, vt de iure suo probare necesse haberet, de seruitute, non autē de libertate intelligenda esse arbitror. Sunt enim iura seruitutes. *Titu. inst. de reb. corp. l. j. de seru. vrb. præ. l. Quid aliud. de verb. sig.* Atque vt hæc seruitutum genera intelligantur, quorū explicationem non ex ipsis interpretibus, verùm ex iureconsulto didicimus: notandum est pactionibus, stipulationibus, & testamento cōstitui seruitutē posse. *Tit. inst. de seru. L. potc al. Co pred.* Et obligationis quidem

natura in eo nō cōſiſtit, vt ſeruitutem noſtram faciat, ſed vt alium nobis ad eam præſtandam obſtringat. Alia igitur eſt natura actionis in perſonam, quæ illius nomine prodita eſt, alia in rem actionis, quæ propter eam competit. Hac enim ius nobis acquiſitum vindicamus, illa verò dare aduerſarium oportere ſeruitutē intendimus. Altius tollendi ſeruitutem eſſe à iuriſconſulto ſcriptum eſt, qua quis vicini luminibus ædes ſuas tollendo officere ius habet. Si quis enim dirutum ædificium velit reficere, prioris ædificij formam ac ſtatum mutare, vel altitudinem excedere, vt vicini luminibus officiat, non poteſt. Sed nec ædificans, altius nō tollendi ſeruitutē debet. ſi tamen extollēdo vicini luminibus officere, aliúdve contra eius cō modum facere velit, ſciat ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere, ne altitudinis conſuetæ vel ſtatuto præfinitæ modum excedat. Sic enim Vlpianum ſenſiſſe exiſtimamus. Nam licet & natura, & iure ædificium extollendi cuique ſit libertas, [a] ea tamen cohibita eſt licētia, vt extruere ædes ſuas vltra veterem formam ac ſtatum inuito aduerſario nullus poſſit. [b] Ideóque ipſi vicino, officiente eo qui ædificat, negatiua cōpetit actio: qua ius illi nullum eſſe altius tollere intendit. Verùm &

L. Obligationū ſubſtātia. de obli. & action.

L. j. de ſerui tu. vrb. præ. Theop. Inſt. tit. de ſerui.

L. Cum eo. L. Qui luminibus de ſeru. vrb.

a. L. fin. de ſeru. l. fi. §. penu. Quod vi aut clā. l. Altius. C. de ſerui. & aqu.

b. L. j. C. de ſeruit. et aqu. l. j. C. de ædif. priua.

& multis aliis modis hæc altius non tollendi seruitus constitui potest, & futuro etiam prædio imponi, ne id pręscriptã ac definitam excedat altitudinem. Itaque vt ad illud seruitutis genus quod in cõtrouersia positum est, nostra reuertatur oratio: Potest seruitus prædio acquiri, cuius domino altius ædes tollendi atque vicini vel inuiti luminibus grauiore seruitute officiendi ius erit: ad quam persequendam cõfessoria in rem competit actio, qua actor confitetur, id est, asserit sibi ius esse inuito aduersario ædes suas altius tollere: quod Iustinianum scripsisse. Quanuis hæc ipsa altius tollẽdi seruitus latißimè pateat. Si enim tuis ædes meæ seruitutem non tollẽdi ne luminibus tuis officiã debeant, atque ea pactionibus alióve modo perempta sit, aut certè (exempli causa) ad decem pedes remissa. Nunc si ædificantem me illius (peremptæ tamen aut ex parte remissę) seruitutis iure prohibeas, competit in rem actio confessoria, qua in libertatem ædes meas asserens ius mihi esse altius tollẽdi agam. Huc pertinet in non dißimili specie Vlpiani responsum. Cum ego cuius ædes non in totum liberæ sunt, Sempronianis non tollendi seruitutẽ deberem, meoque prædio Seianæ vicinæ essent, quarum dominus suis quoque seruitutẽ

L. Si seruitus. §. futuro. de ser. vrb. præd.

L. loci corpus. §. Cõpetit autẽ. Si ser. vindice.

deberi ratus altius me tollentem prohibuerit: in rem actione experiar, qua ius mihi ædes altius (quantū ad Seium pertinet) tollendi, eásque esse liberas intendam. Et tum quidem hęc actio licet asserēdę libertatis causa institui videatur, est tamē pro seruitute, cōfessoria. Quámuis autem apud Iustinianum eruditi & ingeniosi quidam viri, inter quos est noster Hotomanus (quem honoris causa nomino) ex hac posteriori interpretatione, illam ipsam altius tollendi seruitutem explicent: eorum tamen authoritas à mea sententia I.C. responsis confirmata me nullo modo auocat.

De seruitute prospectus. Ad cap. xiiij. de seruitut. vrbano. præd.

INter seruitutes ne luminibus officiatur, & ne prospectus offendatur, aliud & aliud obseruari scribit Vlpia. quòd in prospectu plus quis habet, ne quid scilicet officiatur ad gratiorem prospectum & liberum: in luminibus autem, ne lumina cuiusquam obscuriora fiāt. Et Iabolenus: Aedificia quæ seruitutē patiuntur ne quid altius tollatur, viridaria supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eáque obstatura sunt, non possunt. Sed

L. Aedificia. co.

videamus quæ ſit huius ſeruitutis vis. exploſa enim eſt eorum ſententia, qui hanc eſſe ius aſpiciendi in alienas ædes exiſtimant. Scribit enim Hermenopulus li.ij.Epito.iur.ciuil. tit. iiij.curioſos quoſdam ac inuidos eſſe, qui conentur ædificantes prohibere,ne ex ſuo ædificio aſpectum (ſic enim interpretamur, non proſpectum) in vicinos faciant: cùm de ea re nulla fiat in legibus mentio, neque ex vetuſtis ædificiis deprehẽdamus maiores noſtros hanc reputaſſe iniuriã. Videmus enim omnes, ferè dixerim,domos in ſe mutuò aſpicere. Pertinet autem hæc ſeruitus, vt ita nobis in patentia & exporrecta loca liberè proſpicere liceat, ne quis facere quicquam poſsit quò proſpectus ille offendatur. hinc enim dicta eſt, tanquam procul aſpiciendi:de qua tres fuiſſe leges, maris, hortorum,& ſcripturæ publicæ; atque indefinitè hactenus ædificantibus propoſitas ſcribit idem Hermenop. eáſque copioſè explicat.

De operis noui nuntiatione,ad L.Qui viam. de oper.no. nuntiatione.

SCribit Vlpianus eum ius habere nouum opus nuntiandi,qui aut dominium aut ſer-

L.i. De remissi. *L. inter. de ser. vrba. præd.* *L. Et si fortè in fin. Si serui. vindic.* *L. in iudicio. famil. Ercisc.* *a L. seruitutes. §. fin. de seruit. vrb. prædio.* *b L. 5. §. Meminisse. ver. At si in suo. de ope. no. nunt.* *c. L. in re cõmuni. de serui. vrb. præ.*

uitutem habet: nec distinguit an ea sit prædii vrbani, an verò rustici: cum nec certa & firma diuersitatis ratio effingi vlla possit. Quocirca is ipse, si seruitus (inquit) debeatur, opus quoque ei nouum nuntiari potest, si modò sic faciat, vt lumini noceat. Idem de seruitute oneris ferendi. Deteriorem si faciat: aut per hanc actionem, aut per noui operis nuntiationem prohibetur. Pomponius: Si dum res in arbitrio est, de iure prædii controuersia sit: placet omnes eos inter quos arbiter sumptus fuit, & agere, & opus nouum nuntiare pro sua quenque parte posse. Neque Paulus noster dissentit. Nã ei qui debet seruitutem, vel in seruiente loco ædificare licet, modò ædificium illud seruitutis vsum minimè impediat.[a] Cùm igitur in re aliena ædificatur, nuntiari nunquam posse existimo, nisi opus nuntiãti obesse appareat.[b] Et ideo seruitutũ nomine (quia illæ in rebus tantum alienis constituuntur[c]) tum nuntiari potest, vbi probatum erit opus nuntianti nocere: quod fiet cum de seruitute constituta docebitur. Alioqui si ante seruitutis vindicationem nũtiauerit quis, nihil aget, nec valebit (vt Paulum nostrum sensisse arbitror) nuntiatio, tanquam in re aliena facta. Is enim ipse alio loco scribit: Si eo loco per quem mihi iter debetur, in ædi-

tu ædificaueris: poſſum intẽdere ius mihi eſſe, ire, agere. Quod ſi probauero, inhibebo opus nouum. Idem Iulianũ ſcripſiſſe, ſi vicinus ædificãdo in ſuo effecerit, vt ne ſtillicidium meum reciperetur, poſſe me agere de iure meo, id eſt ius eſſe mihi immittẽdi ſtillicidiũ, ſicut in via dixerat, hoc eſt vt ſi probauero, poſsim inhibere nouum opus. Probata igitur (ex Iuliani ſententia) ſeruitute, domino ita ædificanti vt ſeruituti noceat, aut illam prorſus tollat, nouũ opus nũtiari poteſt. Ante verò ſeruitutis probationem, prædii domino nuntiari nunquam poteſt: & ſi quis nuntiet, nihil agit, id eſt opus nouum non inhibet: verùm actione confeſſoria ſeruitutem vindicare non prohibetur. Huc pertinet quod Africanus in eo reſponſo ſcribit de quo ſupra diximus. Is aduerſus quem negatiua intenditur actio, eo quòd non defenderit: non prius ædificabit, quàm vltrò egerit ius ſibi eſſe inuito aduerſario altius tollere. Nam in contumaciæ pœnam hactenus punitur, vt actoris partes ſuſtineat, nec prius ædificet quàm de iure ſuo probauerit. Itaque ſi rem defendiſſet, eas iudicis partes futuras eſſe non dixiſſet apud Africanum Caſsius, vt eum cum quo agitur, cauere iubeat, non prius ædificaturum ſe, quàm ius ſibi eſſe ædes ſuas extollẽ-

L. Si eo loco. Si ſeruit. vindic.

L. j. §. Itẽ Iuliano. de remiſſ.

L. de pupillo. §. Sextus Pedius. de noui op.

L. ij. de oper. no. nuntia.

L. Si priuſquam. eo.

di vltrò intendiſſet. Quare explodenda eſt eorum ſententia, qui ne videantur aliquid non inueniſſe, viam ædificare legendum ſentiunt, vt iuriſconſultus de adornatione & apparatu ædificii in via poſiti agere videatur.

An pignori ſeruitutes dari poſſint.

L. Si ego emi. de Publicia.

L. i. de ſeru. ruſtic.

L. i. de pigno. actio.

L. iiij. de ſeruit.

L. Si is qui. de pignor.

SEruitutes cõſtituuntur aut per traditionẽ, aut per patientiam: vt ſi quis fortè vicinum aliquo iure in ſuo vel vrbano vel ruſtico prædio vti paſſus ſit. Itaque Vlpianus ſcribit traditionem & patientiam ſeruitutum inducere officium Prætoris. i. efficere vt Prætor adeatur, qui officium ſuum interponat, hoc eſt actionẽ det. Pignus autem vel traditione vel nuda pactione contrahitur. Verùm ſeruitutes cum res ſint (vt diximus) incorporales, nec tradi nec poſsideri ſine prædiis, ideoque nec pignori dari poſſunt. Sed neque ex tempore, neque ad tẽpus, neque ſub conditione, neque ad certã conditionem, veluti quãdiu pecunia ſoluta nõ ſit, ipſo iure conſtituuntur. Quæ ratio Martianũ mouit vt iura prædiorum (Nam in vetuſtiſſimis Cod. manuſcriptis & aliis ante Holoandri editionem excuſis vrbanorum deeſt) pignori dari nòn poſſe, ideóque nec conuenire poſſe vt hypothecæ ſint diceret. Ait tamen

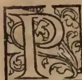
men ex Pomponii ſententia Paulus in via, itinere, actu, aquæductu admittendam eſſe propter vtilitatem contrahentium, pignoris conuẽtionem: quod etiam in prædiis vrbanis obſeruandum eſt, cum eadem ratio interueniat. Nam & Papinianus illius generis ſeruitutum conſtitutionem quæ ipſo iure non valet, ita recipit, vt per pacti vel doli exceptionem occurri contra placita ſeruitutem vindicanti reſponderit. Quare ſeruientis prædii dominum ſeruitutem & in ſuo fundo conſtituere, & pignori dare poſſe cõſtat: quanuis is cuius prædio debetur, eandem nequeat pignori dare. L. Sed an via. de pigno. d.l.iiij.

De vſufructu difficilis antinomia.

SCribit Vlpianus vſufructuarium non poſiturum in fundo ædificium, niſi quod ad fructum percipiendum neceſſarium ſit. Ait autem Neratius ædificium inchoatum, fructuarium conſummare non poſſe, etiam ſi eo loco aliter vti non poſsit. Permittit quidem ille ad fructus percipiendos conſeruandóſque ædificari: hic verò nec inchoatum perfici ædificium vult: cum tamen ipſe libro tertio Membranarum facilius tueri quod accepit, quàm aliud nouum facere permittat. L. Si cuius. de vſufru. L. vſufructuar. lxj. eo. L. xliiij. eo.

Verùm de his ſententiis ita iudico, vt poſsit quidem (ex Vlpiani opinione) fructuarius ſi aliter fructus percipere nō poſsit, ædificium vel in fundo ponere, vel inchoatum conſummare. Quòd ſi iam cœptum ædificium huiuſmodi ſit, vt ad fructuum perceptionem minimè pertineat: illud (vt Neratio placuit) perficere non poterit: quamuis eo ipſo vti aliter non poſsit, cum alio in loco commodè fructus conſeruet.

De poßeßione. Cap. 6.



OSſeſsionis inſtitutionem eo iure proditam eſſe conſtat, quo dominia primū diſtincta ſunt. Prīcipio enim res omnes cōmunes oībus erant: Et qui pedē aliquo in loco primus poſuiſſet, eum ſibi vindicabat: adeò vt inde expelli nullo modo nec poſſet nec deberet. Nam ſi quis rem ab alio captam inuaſiſſet, is ius commune omnium gentium, ipſámque adeo humanam ſocietatem violaſſe dicebatur, ideoque armis verus dominus reſtituebatur. Si quando igitur poſſeſſorem abeſſe contingeret, is ſuam animo retinebat poſſeſsionem. Et certè veriſimile eſt eo tempore ſic cum poſſeſsione annexum fuiſſe do-

Cicer. lib. j. offic.
Ariſt. & hiſtoriog.

ſe dominiũ, vt non aliter quis dominus eſſe co gnoſceretur, quàm ſi ipſe poſsideret, atque rei corpore inſiſteret. Ideo à iuris noſtri authoribus corporalis hæc poſſeſsio dicitur, quam ij quoque habent, quibus nulla eſt dominij opinio, vt ſunt fructuarij, coloni, depoſitarij, & alij plures. Et cùm hęc quidẽ poſsidẽdi ratio cõfuſa illõ iure eſſet, ſeſe ius ciuile interpoſuit, vímque & confirmationem ei poſſeſsioni addidit: quæ & iuſta, id eſt nõ violenta, nõ clandeſtina, non præcaria eſſet, & abſolutũ (vt inquit Hermenopulus) dominium ſibi annexũ haberet. Itaq; Theophilus inquilino, depoſitario, commodatario naturaliter poſsidentibus, dominũ ciuiliter poſsidere ſcripſit. Illi enim dominantis animum non habent, ſed aliorum qui dominij opinionem habent, nomine poſsident. Quare poſſumus generaliter poſſeſsionẽ definire cũ Aelio Gallo fundi vel ædificij vſum. Cui ſi addideris ea quæ ex Iaboleno lib. iiij. epiſtolarum colliguntur, definitionem perficies: vt ſit poſſeſsio, vſus fundi vel ædificij, aut vt breuius dicã, rei corporalis, à iure vel proprietate ſeparatus. Et hac quidem definitione poſſeſsionis etiam naturalis ſubſtantia breuiter & dilucidè (meo iudicio) explicatur. Nam & quid vſus verbo ineſſe videtur, quod ſatis

L. Communi. §. Neque colonis. Comm. diuid. L. 2. §. Quod vulgo. Pro her. & L. Naturaliter. de acq. poſ.

Lib. ij. Epito. iur. ciuil. tit. j.

Inſtit. tit. de interd.

Feſt. Pomp.

L. quæſtio. de verb. ſignif.

detentionis nomen non exprimit: & res incorporales quas non posſideri diximus, ea excluduntur. Supereſt vt videamus quomodo poſſeſsionis diuiſio à iureconſulto tradita intelligi debeat. Diximus in tit. de iur. natur. gent. & ciui. introductas eſſe omnes ex iuregentium obligationes, eáſque etiam naturales dici. Sed animaduertendum eſt (quod tum obiter attigimus) ex iis obligationibus quaſdam ius ciuile approbaſſe & confirmaſſe: quæ ideo ciuiles appellantur, vt imperator noſter Iuſtinianus diſertè oſtẽdit. Aliæ verò quibus vim nullam dedit, & quas in ſua natura omnino reliquit, naturales dicuntur, & in ſuo nomine remanent. Idem de naturali & ciuili poſſeſsione dicẽdum exiſtimo. Illa enim iure naturali, hæc verò iure ciuili (vt ex Pauli & Vlpiani ad Sabinum libris colligitur) prodita eſt. Itaque ciuilis ea erit poſſeſsio, quæ certo iure ciuili cõprobata eſt, id eſt, certam à iure ciuili formam accepit, legiſque interpretatione valet. Naturalis autem, quæ neque approbata, neque reprobata eſt à iure ciuili, vt ea quæ ſolo corpore conſiſtit. Sícque à iuris authoribus accipitur: qui cùm ſimpliciter poſſeſsionis meminerũt, eam ſæpius intelligunt, quæ ciuiles producit effectus: niſi res de qua agitur, aliam exigat interpre-

Titu. inſtit. de obliga.

L. ſi eũ qui. de donat. inter vir. et vxor. l. Stipulatio iſta. §. hæc quoque. de ver. obligat.

terpre-

terpretationem. Ideóque Caius non possidere fructuarium absolutè dixit, cùm de vsucapiendo ageretur. Idem de obligatione dici obseruauimus. Et in hac quidẽ possessione non tantùm corpus factúmque ipsum detentionis, sed etiam ius consideramus.

L. Adquirũtur. in fin. de acqui. rer. domi.

L. Peregrè et L. possessio. de acqu. poss.

An sequester possideat.

SEquester dicitur (inquit Modestinus) apud quem plures eandem rem de qua controuersia est, deposuerunt: dictus ab eo, quòd occurrenti, aut quasi sequenti eos qui cõtendunt, committitur. Quam etymologiam nostro quoq; Alciato ob id displicuisse miror, quòd occurrere & sequi pro similibus accipiat iurisconsultus: quæ tamen omnino diuersa sunt. Nec enim is horum verborum vim satis intellexisse videtur, cùm nõ diuersa coniũgat Modestinus, sed sequestrũ ex eo dici scribat, quòd ipse contendentibus occurrat, & quasi eos sequatur. Et propriè quidẽ in sequestro est depositum, quod à pluribus insolidum certa cõditione custodiendum reddendúmque traditur. Quare apud Papinianum nostrum (sic enim clarissimum illum iurisconsultum & præceptorem nostrum Franciscum Duarenum appellare soleo) quęritur an & quomodo seque-

L. Sequester. de ver. obliga.

L. propriè. dep.

Lib. iij. de sacr. eccle. mini. cap. x.

ſter poſsideat. Exiſtimat autem ipſe, ſi ea mente ſequeſtratio fiat, vt ipſa poſſeſsio, de qua exiſtit controuerſia, dimittatur, ſequeſtrẽ poſſidere. Aliàs cuſtodiam rei tantum ei commiſſam videri. Sed ſi incertum ſit qua mente id factum fuerit, poſſeſsionem in eum tranſlatam minimè interpretaturum ſe dicit: id quod ex ex Iuliani verbis apertiſsimè colligitur. Quod autem ſcribit Florẽtinus, rei depoſitæ proprietatem apud deponentem manere, ſed & poſſeſſionem, niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt, non rectè ab interpretibus vulgò accipi ait, ſed eũ ſibi videri ſenſum eſſe, rei depoſitę poſſeſsionẽ apud deponentem manere, niſi ipſa poſſeſsio depoſita eſt, id eſt, niſi res animo dimittendæ poſſeſsionis tradita eſt, vt Iulianus ait. Notaui apud eum, quamuis deponere verbum dimittere aliquando ſignificet, non ſic tamen apud Florentinum interpretari nos poſſe: cùm & titulus ſub quo reſpõſum eius legitur, & ipſius verba exigant, vt vulgarem retineat ſignificationem. Notaui quoque etiam ſi Florẽtinum ſic interpretemur, illum etiam huius reſponſo ſuam confirmare poſſe ſententiam, vt depoſita dicatur poſſeſsio, id eſt, vt ipſi contendentes ſpecialiter & nominatim poſſeſsionem depoſuerint, nedum rem ipſam, ita vt illam apud ſe rema-

L. Intereſſe. de acquir. poſſeſ.
L. Licet. de poſ.

remanere noluerint. Ego verò aliter de iureconsultorũ reſpõſis iudico. Sentio enim ſi res, qua de controuerſia eſt, ſiue apud iudicem, ſiue extra iudicium, (nam & ex ſola interpellatione antequam lis inchoetur cõtrouerſia eſt) apud ſequeſtrum depoſita ſit: niſi expreſſum fuerit cuſtodię tantùm cauſa deponi, poſſeſsionem apud eum intelligi depoſitam. Nam ſequeſter ita demum poſsidet, vt neuter interim rem qua de contendunt deponentes, vſucapiat. Id enim agitur ea depoſitione (quæ poſteriora verba Florẽtini reſponſo inſerta parentheſi claudenda ſunt) id eſt cùm res apud ſequeſtrum deponitur, is eorum eſt animus, vt ſequeſter poſsideat, nec interim ex litigantibus aliquis vſucapiat. Et veriſimile quidẽ eſt formulam aliquam & ſolennitatem veteribus fuiſſe in huiuſmodi depoſito obſeruari ſolitã. *L. diuus Pius, & l. ſed & ſi lege. de petit. her.*

Ad cap. 12. *in* §. *nihil commune. de acqui. poſſeſſ.*

SEparata eſt (inquit Vlpianus) poſſeſsio à proprietate. Fieri enim poſſe cõſtat, vt alter poſſeſſor ſit, dominus non ſit: alter dominus quidem ſit, poſſeſſor verò non ſit. Et vindicatio quidem ei competit qui rem ſuam eſſe affirmat, aduerſus poſſeſſorem. Si quis hac in rem *L. 1. vti poſſid.*

actione fundum (exempli gratia) Tusculanũ à possessore petierit, iudiciúmque prætor suo more conceperit: nunc verò dari sibi Vti possidetis interdictum velit: Quæsitum est an ei à prætore denegari interdictum deberet. Et respondit Vlpianus noster causam proprietatis & possessionis nihil habere commune, ita vt possessioni renũciasse, suúmque aduersarium possessorem esse confiteri non videatur, qui rẽ vindicauit. Daturus est igitur prætor interdictum ne is possessionem amittat, qui prius in rem egerat. Commodum enim in eo possidẽdi est, quòd etiam si eius res non sit qui possidet, si modò actor non potuerit suam esse probare: remanet in suo loco possessio. Propter quam causam cùm obscura sint vtriusque iura, contra petitorem iudicari solet. Et certè plures eandem rem in solidum possidere non possunt. nec enim (vt eleganter scribit Paulus) id tenere possum, quod tu quoq; tenere videaris: siue vtriusque nostrûm iusta, siue iniusta, siue mea quidem iusta, tua verò iniusta sit possessio. Nam in summa possessionis satis est possidere aliquẽ: nec inquirimus an iustè, an verò iniustè possideat: cùm etiam ij qui tenent, & restituendi facultatem habent, pro possessoribus habeantur. Ideóque cùm de possessione inter

Titu. instit. de interd.

L.3. §. Ex contraria. de acqu. possess.

L. Officium de rei vind.

inter aliquos controuersia est,& vterq; se possidere dicit, vt in hac nostra specie,ad interdictum,Vti posidetis,veniunt contendentes,in quacunque causa & statu sit proprietatis quæstio.

Quos bonæ fidei possessor fructus suos faciat.
Cap. 7.



Onæ fidei possessor(inquit Iulianus) in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis prędiorum tributum est.Et Paulus:Bonæ fidei emptor(ait) nõ dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantùm eos qui diligentia & opera eius prouenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est: adeò vt antequam euictionis nomine egerit verus dominus, quo ad percipiendos eos fructus quos ipse seuit,bonę fidei emptor intelligi debeat, etiam si prius cognouerit rem alienam esse, idq; propter culturam & operam, vt Iulianus sensisse videtur. Cũ enim prius bonæ fidei emptorem seuisse dixisset, rationẽ suæ opinionis subiecit, ex qua apparet ita vt retulimus, ipsum existimasse. Inquit enim: nam & seruus alienus, quem bona fide emero,tandiu

L. Qui scit. de vsur.

L. Bonæ fidei. de acquir. rer. domi.

mihi ex re mea, vel ex operis ſuis acquirit, quandiu à me euictus non fuerit. Hoc autem ea ratione dico, quia Vlpia. omnes poſſeſſores pares fieri, & quaſi prædones teneri, cum cœperint ſcire rem ad ſe non pertinentem poſsideri. Et veretur apud Paulum Pomponius, ne non ſit ille bonæ fidei poſſeſſor. Non eſt autem exiſtimandum contraria eſſe iuriſconſultorum reſponſa: ſed ipſa ſic coniungenda ſunt, vt ſeſe mutuò interpretentur. Ob id autem quod Iulianus ait, cùm euictus fuerit, de litis conteſtatione interpretatus ſum, quia certum eſt bonæ fidei poſſeſſores poſt litis conteſtationem vniuerſos fructus reſtituere. Poſſet etiam de ſola interpellatione & controuerſia intelligere, idque propter Vlpiani authoritatem, vt ad ſolum effectum reſpexiſſe Iulianus videatur. Sed ad id quod noſtræ quæſtionis proprium eſt reuertamur. Omnes igitur omnino fructus bonæ fidei poſſeſſor ſuos facit, nec iuriſconſultos animaduerti differentiam inter eos conſtituere qui natura proueniunt, & eos qui noſtra opera & cura quæruntur. Nam & in iis qui ſua ſponte naſcuntur, quædam adhiberi ſolet induſtria, & Iuſtinia. non negat eos bonæ fidei poſſeſsorem ſuos facere, imò ſcribit ipſum quia fundum colit, fructus ſibi

l. Sed & ſi §. Etiam ſi. de petit. hæred.

L. certum. C. de rei vind. §. Si verò. Inſt. tit. de offic. iudic.

§. Si quis a non domino de rer. diui. inſt. lib. ij.

ſibi quærere quos percepit: ídque naturali ratione. Sed & in iis fructibus in quibus multum poteſt induſtria, non parum valet natura. Neque verò mihi placet intereſſe inter emptorem, & eum qui à mera liberalitate cauſam habet: cum & generaliter loquatur Iulianus, & Iuſtinianus emptionis, donationis, cæteráſque iuſtas cauſas coniungat.

Ad l. fructus. de vſuris.

DIximus bonæ fidei poſſeſſorem omnes fructus ſuos facere. Pōponius autem noſter ſcribit fructus percipiendo vxorem vel virum ex re ſibi donata, ſuos facere: illos tātum, quos ſuis operis acquiſierit, (veluti ſerendo.) Nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylua ceciderit, non fit eius: ſicuti nec cuiuſlibet bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto eius is fructus naſcitur. Et vt Pomponium intelligamus, ſciendum eſt, ſi vir vxori cedat poſſeſsionem cauſa donationis, ipſam natura poſsidere: quoniam res facti infirmari iure ciuili non poteſt: ideóque fructus (vt ab Vlpiano ſcriptū eſt) lucratur vxor, quanuis improbata ſit à iure huiuſmodi donatio. [a] Hîc igitur Pomponius nôſter interpretatur quos ex re ſibi donata vir vel vxor vel alius quilibet bonæ fidei

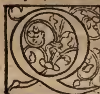
L. j. §. Si vir. de acq. poſſeſſ.

L. De fructibus. de donat. int. vir.

a. L. Si eum qui. & ſim. de donatio. int.

possessor (qui eam ipsam licet contra ius ciuile donatam bona fide posidet) fructus suos faciat. Et certè naturalis ratio postulat vt quanuis infirmata sit ea possesio iure ciuili, fructus tamen in quibus percipiendis operam illi & curam posuerunt, lucrentur, cùm nihil mala fide faciant. Non igitur de omni bonæ fidei possessore loquitur Pomponius, sed de eo qui rem vxori à viro vel contrà donatam bona fide posidet, cui plus iuris quàm ipsis coniugibus, tribuendum non est.

De eo quod interest, ad nouam Iustiniani constitutionem. C. de sent. quæ pro eo quod interest proferuntur. *Cap.* 8.


Vàm latè pateat eius quod interest appellatio, nõ ignoramus: verùm cum satis confusa sit quę de propria eius significatione suscipitur quæstio: nobis visum est ab ea nostræ interpretationis exordium ducere. Quamobrem id quod interest, vt à Iustiniano nostro cæterísque iuris authoribus sæpius accipitur, est omnino extra rem, & veram ipsius æstimationem, siue verum pretium. id est, mea sententia, non continetur re ipsa, eiúsve causa, aut æstimatione: nec ex iis pendet, sed extrinsecus

L.lj.de fur.

secus

ſecus venit. Nam id quod intereſt, non eſt ita extra rem, vt omnino ſine re conſiſtat tãquam ſeparatum aliquid & diſtinctum: cum ſatis cõſtet ſimplum illud quod in duplo ineſt, eſſe vel rem principaliter debitam, vel eius æſtimationem (vt pleriſque viſum eſt) ipſúmque ſimplum venire in computationem eius quod intereſt: vt præclarè Caius (in cuius reſponſo ineptè quidam pro re ipſa id quod intereſt accipiunt) oſtendit. Liberum eſt (inquit) ei qui prohibetur mortuum inferre, aut ſtatim interdicto vti, quo prohibetur ei vis fieri, aut aliò inferre, & poſtea in factum agere: per quã conſequetur actor, quanti eius interfuit, prohibitum non eſſe: in quam computationem cadit loci pretium: aut, ſi conduxerit, conducti merces. Quod diſertè Vlpianus probat. Si res vendita non tradatur, ait, in id quod intereſt agitur: hoc eſt quanti rem habere emptoris intereſt. hoc autem interdum pretium egreditur ſi pluris interſit quàm res valet, vel empta eſt. Hoc autem ideo dico, ne quis vel rẽ eſſe id quod intereſt, vel intra rem conſiſtere, eíque ineſſe exiſtimet: cum nec id Papinianus, nec idem ipſe Vlpianus probet. vterque enim id quod intereſt propriè accipit: ſed ille ad æſtimationem corporis furto ſubrepti, ſi nihil

L. Cũ forte. de act. emp.

L. Liberum. de religio. et ſump.

L. j. de act. empt.

L. Qui talis las. & l. ſi vendidero. de furt.

amplius intersit, vtilitatem meam referendam esse scribit, hic verò de eo loquens qui tabulas vel cautiones amouit, eum non tantum precij earum tabularum, verùm & eius quod interfuit teneri dicit: quod ad æstimationem refertur eius summæ quæ in his tabulis continetur, scilicet si tanti interfuit. Quibus in duobus responsis, vt in plerisque aliis (quæ subiicerem nisi res breuiorem tractatum exigeret) constat voluisse iuriscõsultos, vt in eius quod interest computationem veniret ęstimatio, si tantum interfuerit: non autem eos dixisse vel æstimationem esse id quod interest, vel in ipsa re illud inesse. His ita explicatis videndum est quid sit id quod interest. Equidem miror nostros interpretes voluisse iurisconsultorum prudentiam vincere, & ad exactam dialecticorum rationem, eius quod interest definitioné referre: cùm omnis in iure periculosa sit definitio, eáque facilè subuerti possit. Itaque nobis satisfaciet Pauli siue definitio siue descriptio: atque id quod interest, esse dicemus id quod alicui abest, quódque lucrari potuit. A qua explicatione non discedit Vlpianus. Sed si quid aliud, inquit, sua interesse dicet: non cogetur adire, nisi ei damnum vel lucrum fideicommissi sarciatur. Non igitur tantum in

L. Ex hoc edicto. De eo per quẽ.

L. Si cõmissa. Rem ra. habe.

L. Apud Iulianũ. ad S. Trebell.

damno

damno dato, ſed etiam in lucro amiſſo eius quod intereſt habetur ratio. Aliquando tamen (vt ſcribit Sabinus) ſolum damnum, non etiam lucrum ſpectatur. [a] Quod ſi id quod intereſt, in ſua genera diducere placeat: eius nõ videntur eſſe aliæ ſpecies: quàm damnum datum, & lucrum amiſſum. In his enim tota eius vis poſita eſt, hæ totam eius naturam explicant, atque ab eo ipſo manãt. Nam reliquæ ab interpretibus excogitatæ iamiã exploſæ ſunt, præter eam quæ à quibuſdam magni nominis viris exiſtimantibus intereſſe (vtar enim illorum verbis) aliud propinquum, aliud remotũ eſſe, probata eſt. Quorum mihi placere nõ poteſt ſentẽtia: cùm nec hoc noſtro reſcripto probetur, imò potius refellatur: nec Pauli reſpõſo. Statuit enim Iuſtinianus vt quod reuera iudicatur damnum, hoc reddatur, & non ex quibuſdam machinationibus & immodicis peruerſionibus in circuitus inextricabiles redigatur. Quid autem aliud eſt remotum illud intereſſe, quàm quod non ex propinquis cauſis, ſed ex peruerſionibus quibuſdam venit? Quod autem dicit Paulus, multos fefellit. hæc enim verba, omnis vtilitas emptoris in æſtimationem venit, quæ modò circa rem ipſam conſiſtit: nõ de eo quod intereſt, ſed de quanti

L. Argentarius. §. Cũ autem. de eden. l. Si ſeruum. ad leg. Aqui.

a. L. Si is. in fin. de fur.

L. Si ſterilis. §. Cum per vend. de act. empt.

plurimi accesſione (quæ non niſi mora commiſſa debetur) intelligenda ſunt: eam verò à iuris authoribus appellari intereſſe quanti plurimi, nunquam obſeruaui. Et hæc quidem accesſio eſt circa rem, id eſt non reſpicit ea quæ extrinſecus damnum adferunt, ſed ipſam omnino rei vtilitatem: quod ſatis Vlpiani verba atque Pomponij indicant. In hac enim tãtum quæritur de æſtimatione vini vel alterius rei, quæ temporis lapſu creſcit vel minuitur. Sed quia in hoc Pauli reſponſum incidimus, videndum eſt quid ſit quod ait non omne id pręſtari emptori, quod habiturus erat ſi vinum tempore ſuo fuiſſet traditum: cum dicatur in eum qui pecuniam promiſit, agi incerti, quia venit in ſtipulationem id quod mea intereſt. Equidem obſeruaui in huiuſmodi rebus quarum æſtimatio variatur, nunc id quod intereſt, nũc ipſam quanti plurimi accesſionem ſpectari: ideóque iuriſconſultos modò de ea tantum, modò de eo quod intereſt agere. Sed cùm de ſola quanti plurimi accesſione Paulus ageret, eius tantum exempla ſubiecit. Nunc ad Iuſtinianum noſtrum veniamus.

L.3.§.fin. de act. emp.

L. Si pœnã. L. Liber homo. de ver. oblig.

Con-

Constitutionis enarratio.

RESCRIBIT imperator noster dubitasse veteres quis modus atque finis eius quod interest statuendus esset. Et harum quidem dubitationum extant adhuc quædam vestigia in Digestis, de quibus post hanc constitutionem disputare ociosi est hominis. Itaque sancit Iustinianus, vt in omnibus casibus qui certã habent quantitatem vel naturam, hoc quod interest, duplum minimè excedat: in aliis verò qui incerti esse videntur, iudicis religioni & sapientiæ relinquit, vt quod reuera cuiusque interest, damnũ hoc reddatur. Casus autem esse species siue facta existimo, in quibus versatur id quod interest, quemadmodum in cõtractibus, in quibus quidam casus certi, quidam incerti reperiuntur. Nec enim cõtractus, nec res in eum deducta, casus est quo de agimus. Certos esse casus Imperator noster dicit, qui certã habent quantitatem vel naturam. Certum verò illud est, quod definitum est ac determinatum. Ait enim Vlpianus: Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta, veluti homini honestioris loci, salariũ annuum vel vsusfructus. Quantitas est apud iuris authores cuiusque rei æstimatio, & (vt vulgo loquimur) valor. Atque ita Papinianus noster Duarenus

L.j.L.Titius.& ll. seq.l.Si sterilis.l.Iulianus.de act.emp.

L.Cum ij. §.Si in annos singulos. & al. de transa.

in diſputat anniuerſ. interpretatus eſt: & nos ſic ſenſiſſe Iuſtin. arbitramur. Huius generis ſunt omnes res quæ pondere, numero vel mẽſura conſtant. Scribit enim Papinia. has res in quantitate eſſe. Sed & Vlpianus corporis æſtimationem, operíſque quãtitatem dixit: vt verius ſit conſtitutionem noſtrã generaliter intelligi de omni re cuius certa ſit & definita quantitas ac æſtimatio. Natura non id ſignificat quod certos limites habet, ſed vim & conditionẽ cuiq; rei inſitam & innatam. Sic enim ſtipulationum naturam dici, in noſtris ad titulum de verborum obligationibus notis indicauimus, & in commẽtariis probauimus: & ita cauillationis naturam appellari obſeruauimus. Sed cùm intelligamus qui ſint caſus certi, difficile non eſt eos cognoſcere qui incerti eſſe videntur. Illi enim neq; quantitatem, neq; naturam certam habere videntur, ſed eorum dubia eſt, nec ſatis definita æſtimatio vel conditio. Et in caſibus quidem certis id quod intereſt, non excedit duplum: id eſt, quod damni vel lucri ratione extrinſecus accedit præter ſimplum, illud ipſum non egreditur. Nam in duplo ſimplum ineſt. Quod quidem aliud nihil eſſe, quàm certã quãtitatem vel naturã cõſtat. Hoc enim ipſum eſt quod his in caſibus ſpe-

Cap. vj. L. A diuo pio. de re iud. l. quæ extrinſecus. de verb. oblig. L. Si is cui. de ſolut. L. Stipulatio. in fin. de ope. no. nũt.

L. 2. de ver. ob. l. j. de præ. ſtip. L. Ea natura. de verb. ſignif.

ſpectari Iuſtinianus dicit. Conſequens eſt igitur vt pro ſimplo habeatur, quod in hoc duplo ineſt. Et certè quod ait Imperator in omnibus contractibus, etiam de ſtrictis intelligitur, vt præclarè Vlpianus oſtendit. Sed an & ij qui dationē continent, eius quod intereſt æſtimationē recipiant, quæritur: cùm is qui dare promiſit, dominij transferendi neceſsitate adſtringatur. Dixi breuiter & dilucidè in notis ad titulum de verb. oblig. quid ſentirem. In commētariis verò meā confirmaui opinionem, diuerſas autem aliorum confutaui ſententias: vt hîc illud duntaxat mihi dicendum ſuperſit, Iuſtinianum ſenſiſſe in omnibus contractibus, in quibus ſunt caſus certi, hoc quod intereſt, dupli quantitatem minimè excedere. Non eſt autem ferenda eorum ſententia, qui exiſtimant in nummis nō venire id quod intereſt: neque ea Vlpiā. reſponſo cōfirmatur. Loquitur enim de eo de quo dubitabatur an iuraret in litem propter nūmos ſibi ſua die non redditos. Nec me mouet exceptio quæ regulam contrariam facere videtur. Nam ea neque de eo quod intereſt, abſolutè intelligitur, neq; ad hoc reſcriptum pertinet. Ex quo ſatis conſtat etiam id quod intereſt, ſpectari vbi certa eſt quātitas & æſtimatio quam nummi habent. Hanc verò

L. ſi fundum certa die. de ver. oblig.

L. Vbi autē in fin. de verb. oblig.

§. Sic itaq; diſ. de act.

L. Nummis. de in lit. iur.

conſtitutionem ad maleficia referre nõ auſim, tum quòd veteres iuriſconſultorũ de eo quod intereſt in illis definiendo ambiguitates non obſeruauerim: tum quòd de his nullum verbũ fecerit Imperator noſter: imò potius quod ſubiicit de pœnis cum cõpetenti moderamine à prudente & circunſpecto iudice infligẽdis, ſatis oſtendit præſcriptam ab eo eius quod intereſt taxationem in delictis locum non habere: cùm pœnæ nomen de noxæ vindicta (vt ait Vlpia.) intelligi debeat: nec pœnam quæ loco eius quod intereſt, in obligationẽ deducitur, certo à legibus fine & modo (ſic enim finis apud iuris authores vſurpatur) [a] concluſam eſſe videamus. Caſus certi ſpeciem Celſus in eo proponit, qui cùm iactum retis vendidiſſet, & quod extraxerat piſcium reddere noluiſſet, in id condemnandus erat quod emptoris intereſſet, in æſtimationem ſcilicet eius quod extraxerat. Sed & illo eodem in loco caſum incertum tractat. Verùm de eo pluribus dicendum eſt. Statuit Iuſtinia. vt in his caſibus qui incerti eſſe videntur, iudex per ſuam ſubtilitatem requirat, vt quod reuera damnum inducitur, hoc reddatur; nec in infinitum produci permittat. Ex quibus verbis conſtat ita iudicẽ in caſuum incertorum diſcuſſione verſari debere,

L. Aliud eſt fraus. de verb. ſignifi.

a. L. j. de pigno.
L. v. de coll. dot.
L. Si dictũ. de euict.
L. Si iactũ. de act. emp.

bere, vt requirat quid in iis certi inueniatur, & ex certorum taxatione statuat quod reuera interest alicuius. Quid enim hæc verba aliud significant, ne dũ in infinitum computatio reducitur pro sua impoßibilitate cadat? Infinitum enim, immensum & incertum interpretamur. Atque ita à Paulo, Vlpiano, cæterísque iurisconsultis in tractatu de in litem iurando accipi obseruauimus. Superest vt casuum incertorum species quæ celebriores sunt in Digestis, videamus. Et extant Pomponij & Vlpiani responsa quę cõtraria videntur: de quibus priusquam quid nobis videatur dicamus, animaduertendum est huius constitutionis vim non satis obseruasse nostros interpretes in explicandis veterum iuriscõsultorum responsis & ambiguitatibus. Si enim omnino eorum præceptiones traditionésque sequamur, vix intelligemus quid noui constituerit Imperator, & in quo dubitationes antiquas deciderit. Verùm ipsis in mentem venire debebat vulgare illud: Non est nouum vt priores leges ad posteriores trahantur: sed & posteriores ad priores respiciunt. Itaque licet iurisconsulti in casibus incertis præstandum omnino esse id quod deperiit dicãt, debemus tamen velut quadam exceptione & moderatione illud interpretari,

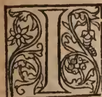
L. Arbitrio. de dolo malo. l. Qui restituere. de rei vindic. l. videamus. de in lit. iur. L. Tenetur. § . Sed si vas. de act. empt. & l. sed addes. § . 1. loca. Con. l. Iulianus. de act. emp.

vt non in infinitum producatur eius quod intereſt taxatio. Nunc ad propoſita Iuriſconſultorũ reſpõſa reuertamur. Scribit Pomponius: Si vas mihi vendideris, ita vt affirmares integrum: ſi id integrum non ſit, etiam id quod eo nomine perdiderim, pręſtabis mihi. Si verò nõ id actum ſit, vt integrum præſtes, dolum malũ duntaxat præſtare te debere quidam putant. Labeo contrà, & illud ſolum obſeruãdum, vt (niſi in contrarium quid actum ſit) omnimodo integrum præſtari debeat. Quod & in locatis doliis præſtandum, Sabinum reſpondiſſe Minutius refert: vt etiã Vlpianus ſcribit: qui tamen alio loco Iulianum differentiam feciſſe in condẽnatione ex empto inter eum qui ſciẽs pecus morboſum aut lignum vitioſum vendidit, & eum qui ignorans. Et certè cõſtat eos non diſtinxiſſe an quis eam artem vel negociationem profiteatur, necne (ipſi enim æquè venditoris meminerunt) ſed diſertè in vaſis & doliis ſpeciale aliquid conſtituiſſe, nec immeritò: quia in his facilius à negociatore vitia cognoſcuntur. Poſtremò notandum eſt, id quod intereſt, peti actione quæ ex ipſo negocio vel contractu ſiue nominato ſiue innominato naſcitur.

L. fin. Si quis in ius voca. l. Liberũ eſt. de relig. & ſum. l. j. & al. de act. empt. l. Naturalis. de preſc. ver. l. liber homo. cxviij. de verb. oblig. Tit. inſtit de empt. in fin.

Enar-

Enarratio l. frater à fratre. de cond. indeb. Cap. 9.


Vre gentium vel naturali (quo proditæ ſunt illæ conuentiones quâs primùm in cõmerciis inter homines ineundis & vtiles & neceſſarias omnes gentes vno conſenſu iudicarunt) nihil intereſt quis contrahat, an liber, an ſeruus: an paterfamiliâs, an verò filiuſfa. Naturalis enim eſt æquitas & ratio, cuius vinculo ſuſtinetur obligatio quæ ex eiuſmodi contractu naſci poteſt: quæ cùm ea ſeruari iubeat quæ homines ratione & conſilio vtentes promiſerunt, conſtat ipſam æquales omnino facere illos qui rectè & intelligenter contrahunt. Ciuitatis autem Romanæ moribus ius introductum eſt, quo obligatio illa non reprobata eſt, ſed omne eius commodum, omnis effectus & vis denique omnis, vt cæterarũ rerum, ab his qui in poteſtate ſunt, ad eos qui ipſos in poteſtate habẽt, trãſlata eſt: vt & agere cõtra debitores, & excipere poſsint, aliámve vtilitatem ſentiant, ea ne momẽto quidem vllo apud filios aut ſeruos remanente. Sed & videtur peior ſeruorum conditio: de qua dicemus aliás. Cum igitur naturalem illam o-

L. Stichum aut. §. Naturalis. de ſolut.

L. Placet. de acq. hæred. inſt. tit. Per quas perſo. no. acq. obli. l. fin. C. de bon. quæ lib. l. Sed & ſi damnum. de pec.

bligationem ita perferat ius ciuile, vt ei tãtum vim ſuam deneget, aut (quod verius eſt) aliò trãsferat, conſtat eam omnes ſuos retinere effectus: vt & Africanus noſter & alij probant. Quare ſi fortè paterfam. ſuis liberis puſillum patrimonium det, ipſos iure naturali eius dominos eſſe conſtat, vt de eo contrahendo & negotiando ſibi naturaliter acquirant, non patri: poſsint mutuò obligari: & ſi quid ipſis ex eo debito naturali ſolutum ſit, retinere. Quia verò huiuſmodi peculij conſtitutio, iuris ciuilis imaginatione introducta eſt, (cum certè iure naturali proprium filiorumfam. diceretur patrimonium) eo quoque iure ipſius dominus cenſetur pater. Si quam igitur ſui fratris obligationem, vnus ex filiis ex hoc ipſo peculio quæſierit: eam ſibi ſuo iure pater tribuit: quæ eo mortuo, vt res alia, inter hæredes cum ſuo effectu diuidunda tranſit. Atque ſi duo illi fratres ſoli hæredes ſint: qui pecuniam acceperat, pro ea parte qua eſt hæres, liberatur: pro alia remanet nihilominus fratri obligatus, nõ ita quidem, vt exigi debitum ab eo poſſit: ſed ſi ſoluerit, vt retineatur. contracta enim inter illos obligatio, propter patriam poteſtatem & legis authoritatem in ſuo naturali ſtatu remanet. Sed fingamus debitorem filium, ſiue

L. Depoſiti. & l. ſequ. de pecu.

ſiue ante familiam erciſcundam,ſiue poſt,ſiue ex peculio quod à patre acceperat,,ſiue ex alia ſua ſubſtãtia (nec enim vnde ſoluerit, Africanus noſter diſtinguit) totum naturale debitũ vel potius totam pecuniam ſibi creditam, quã ipſe ignorãter totam ſe fratri debere exiſtimabat,fratri perſoluiſſe : quæritur quid tanquam indebitũ repetere poſsit? Et Africanus reſpondit,eum pro ea parte qua patri hęres extitiſſet, repetiturum : pro ea vero qua frater hæres extitiſſet,ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perueniſſet: id eſt ſi propter illud debitum nõ fuiſſet diminutũ fratris debitoris peculium , atque ita eius debiti ratione minus frater creditor ex alterius peculio accepiſſet.Naturalis enim obligatio quæ fuerat, hoc ipſo ſublata videtur , quia partem peculij fraterni integram , id eſt debiti ratione nõ diminutam,conſecutus eſt creditor.Erat autem peculiare hoc debitum , ipſúmque ideo peculium ſequebatur. His ita explicatis, & extraneorum argumento comprobatis, de naturali quæ inter patrem & filium contrahitur obligatione non obſcurè diſputat Afric.

De diuisione fructuum inter coniuges soluto matrimonio. *Cap.*10.



Ariis modis antiquitus soluebãtur matrimonia. Ideóque etiam inter virum & vxorem diuortio facto, innumeræ de diuisione fructuũ oriebantur controuersiæ, quas Vlpianus noster lib.xxxv. ad Sabinum elegãter decidit. Difficillimum autem videtur quod ille scribit, Papinianum lib.vndecimo Quæstionum, diuortio facto fructus diuidi dixisse nõ ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiæ tempore fundus in dotem datus sit, eúmque vir ex calendis Nouembribus primis fruendum locauerit, mẽsis Ianuarij suprema die facto diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni quo diuortium factum est, quartam partem mercedis æquum est. Alioquin si coactis vindemiis altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si in fine mensis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor mẽsibus matrimonium steterit: vindemiæ fructus & quarta portio mercedis instantis anni cõfundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur,

L.fructus. Solu.matri.

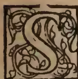
quatur. Ad huius æquiſsimæ Papiniani ſententiæ interpretationem duo obſeruanda ſunt. Vnum eſt, fructus vindemiæ à meſsium mercede quæ colonum ex forma locationibus ſequebantur, ſeparatos fuiſſe: quod Vlpianus noſter diſertè hoc loco indicat. Itē ſi meſſes eius anni (inquit) quo diuortiū factum eſt, colonū ex forma locationis ſequantur: ante vindemiā ſoluto matrimonio, nihilominus pecunia meſſium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet. Alterum eſt, quod maximè notandum diximus, fructus vindemiarum pro modo temporis quo ſtetit matrimonium, retinere & lucrari maritum. quod ſi ij obſeruaſſent qui eos ſolos vindemiæ fructus in computationem venire voluerunt, quos ante locationem lucratus erat vir: æquiorem fortè proportionem nobis reliquiſſent. Quandiu enim matrimonij onera ſuſtinet, eum rei dotalis fructus ſuos facere æquum eſt. Et certè cū in propoſita ſpecie quatuor menſibus ſtetiſſe matrimonium dixerit Papinianus, conſequens videtur, vt pro eius temporis modo fructus vindemiæ retineat. Nam & vxor futuram poſt diuortium factum totam lucratur vindemiam: ſed quia fundum colono fruendum locauerit matrimonio ſtante vir, & trium menſium de-

L. Si is qui ſtichum. de iu. dot. l. Pro oneribus. C. eo. tit.

bet mercedem colonus: visum est eos vindemiæ fructus cum hac mercedis portione cōfundi debere: vt ex ea pecunia tertia reditus annui portio relinquatur. Exēplo rem oculis subiicere placet 'fingamus quatuor & viginti aureorum fructus vindemiæ ante diuortium à marito perceptos fuisse: reliquos autem instantis anni fructus (messes scilicet) duodecim aureis locatos (excipio semper vindemiā) Quæritur quot maritus aureos retinere possit? Si vindemiæ tantum rationem habeamus, octo retinebit: illi enim tertiam fructuū partem constituunt. Sed & ex instantis anni mercede quarta pars quæ tribus aureis æstimatur, cum illis confundi debet: vt ex ea pecunia fiat & confletur tertia totius annui reditus portio, quam vndecim aureorum esse constat. Confundere enim est in contributionem venire, computare, in computationem venire. his enim locutionibus indifferenter hoc in loco vtitur noster Vlpia. Equidem scio si integri fructus vindemiæ cum tota mercede addantur, eos triginta sex constituere, vt duodecim potius tertiam eorum partē faciāt. Sed iuris nostri authores non adeo & ad singulas, vt aiūt, fractiones, suas cōputationes exegerūt, maximè cū nec æquum videretur vt ter
tiam

tiam illã partẽ prçcisè haberet: quòd & ex vindemiæ fructibus, & ex quarta mercedis parte, quantum iustum videbatur retineret.

Ad L. Centurio. De vulg. & pupill. substitu. Cap. II.



Vbstitutio (quæ est institutio hæredis secundo gradu vel deinceps facta) vel fit ab eo qui communi iure testatur, vel à milite qui in expeditionum necessitate de rebus suis disponit. & vtraque quidẽ vulgaris est, aut pupillaris. Vulgarem dici communem, & vulgò ac promiscuè fieri solitam, ex Cicerone aliísque magni nominis viris, ne dum ex nostris iurisconsultis constat. Pupillaris à parentibus, liberis impuberibus quos habent in potestate, fit sub conditione, si intra pubertatem decesserint. Ad huius exemplum introducta est alia quæ fit à parentibus filiis furiosis, dementibus, aut mente captis. Quas tres species lib. 2. latissimè persequemur. Reliquæ enim ab his distinguendæ sunt formæ, cùm qualitates & accidentia respiciant. Et militibus quidem permulta concessa sunt ab imperatoribus priuilegia: vt Traianus (Vlpiano referente) voluerit eos facere

L. i. hoc tit. Caius in instit.

Lib. de ora. & al.

L. humanitatis. C. de impu. et al.

L. i. de milit. test.

testamenta, quo modo volent ac possint: sufficereque ad bonorum suorum diuisionem faciendam, nudam voluntatem testatoris. Militaris testamenti speciem Papinianus refert. Centurio (inquit) filio, si intra vicesimum & quintum ætatis annum sine liberis vita decesserit, directò (id est, verbis ciuilibus, quib' lex iubet hæredem institui, quæ etiam legitima appellantur[a]) substituit. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filii substitutus iure communi capiet: post eam autem ætatem ex priuilegio militum patris duntaxat cum fructibus inuentis in hæreditate. Et hæc quidem substitutio etiam in secundum casum compendio sermonis (vt imperatorũ verbis vtar) facta est: id est sic testatus est miles, vt non solum in eum casum quo filius intra decimũquartũ suæ ætatis annum decesserit, sed etiã si postea, substituerit: idque non expressè nec verbis solẽnibus, sed sermonis compẽdio, & (vt ita loquar) breuiloquio. Cæterum constat non posse paganum sic filio suo impuberi substituere, vt etiã directò post decimumquartum ætatis annum alius ei subrogetur. Et is qui vt substitutus nõ admittitur, quandoque non erit vt adiectus primo gradu instituto filio cohæres: ne si totum integrum filius interim non haberet, cõtra

a. L. verbis ciuil. eo. l. vlt. C. de test. tut.

L. Precibus. C. de impub. & al.

tra testatoris voluntatem fieret: receptum est tamen vt in fideicommissi causam etiam vltra illud tẽpus pater substituere possit. Verùm directò militem ita filio suo impuberi substituere posse, ex facto quod Papinianus noster proponit, constat. Sed & videtur sensisse, substitutum, si post pubertatis tempus filius decesserit, directò militi ex ipsius priuilegio succedere: scribit enim ipsum intra xiiij. annum etiam propria bona filii substitutum iure communi capere: post eam verò ætatem ex priuilegio militum patris duntaxat cum fructibus inuentis in hæreditate. Certum est autem, cùm iure communi succedit, ipsum directò adire hæreditatem: præterea in fideicommissariam hæreditatis restitutionem fructus non venire. Itaque cum & eodem modò succedere videatur ex priuilegio, atq; si iure communi hæres fieret, & fructus in hæreditate inuẽtos capiat: directò ad patris hæreditatem venire dicendus est. Sed imperatores in non diuersa specie à matre militis successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona quæ ipsius fuerunt, peti posse rescripserunt. Vnde cõstat vim substitutionis non directam sed precariam esse. Hæc sunt Diocletia. & Max. verba. Sin verò post pubertatem: tũc eius (loquitur de filio

L. Verbis ci uilibus. eo.

L. In fideicom. Ad S. Treb.

d.l. Precibus.

q institutus erat in primo gradu) te succeſsionẽ obtinẽte veluti ex cauſa fideicõmiſsi bona, quę cum moreretur, patris eius fuerũt, à te peti poſſunt. Nec intelligo cur potius in Papiniani reſpõſo quã in Imperatoris cõſtitutione ſuo vſus videatur priuilegio miles: ſed nec quid ætatis præfinitio, differentiæ conſtituat: Cũ & de ea quæ expreſſà eſt, & quæ tacitè intellecta generaliter definitur, idẽ dicendum nemo ignoret. Miſerè laborãt omnes in obſcurãda re perquã facili. Papinianus quidẽ ſcribit militem directò ſubſtituiſſe, atque iis verbis quę ex iure ciuili deſcendunt, non autẽ fideicõmiſſariis: ait ſubſtitutum intra pubertatem iure communi quo & reliqui ciues vtuntur, bona etiã filii capere: ſed quo iure poſt pubertatẽ ſuccedat, an Prætorio, vel eo quod ex cõſulum authoritate deſcendit,[a] an verò ipſo iure ciuili, non exprimit, ſed tãtum dicit ipſum ex priuilegio militũ bona patris cũ fructibus in hæreditate inuẽtis accipere: vt quod diximus de fideicõmiſsaria hęreditatis reſtitutione in quam fructus nõ ueniunt, militũ priuilegia nõ mutet. Sed nec imperatores cauſam eſſe omnino fideicommiſſariã aiunt: ſed cũ mater filii ſucceſsionẽ (quæ etiã immiſta patris teſtatoris bona habebat, obtineret, peti ab ea voluerunt ac ſi rogata eſſet ipſa

a Tit. de fideicom. hæred. inſt. lib. ij

ipſa reſtituere illa patris bona, ſiue atque ſi miles tanquã alius paganus non verbis directis ſed precariis poſt filii pubertatem ſubſtituiſſet. Quare ſiue directò ſiue ex fideicommiſſaria cauſa ſubſtitutus à milite, poſt filii in pubertate mortui obitum velit teſtatoris bona capere, audiendus eſt, & ex militum priuilegio vnà cum hæreditate fructus in ea inuentos conſequetur.

De rei æſtimatione, & aliis acceſſionibus quæ ex mora pendent. Cap. 12.

DIximus de mora (quæ eſt iniuſta dãdi faciendíve quod dari fieri oportet dilatio[a]) multis in locis, & maximè in noſtris notis & commentariis de verb. oblig. Sed mihi in hac quęſtione nunquam ſatisfacio: tum quòd & vtilis ſit, & à iuris authoribus cõfuſè tractata. Primum igitur conſtat in omnibus omnino iudiciis ſiue ſtrictis, ſiue arbitrariis, ſiue bonæ fidei, ſemper ſpectari tempus vel locum de quo inter cõtrahentes conuenit. Illi enim legem cõuentioni dant. Quod ſi neque diem neque locum dixerint, ſed per promiſſorem ſteterit quo minus interpellanti creditori ſoluerit: videamus quid in illis iudiciis obſeruetur. hæc enim diſputa-

a L. Mora. L. Sciendũ. L. ſiquis ſolut. de vſur.

L. Vinũ. Si cer. peta. L. Quoties in diem. de verb. oblig. L. vlt. de condic. trit. L. 3. §. itẽ. de act. emp.

tio ad rem noſtram pertinet. Vlpianus ſcribit: In hac actione, ſicut in cęteris bonæfidei iudiciis, ſimiliter in litem iurabitur: vt rei iudicandæ tempus, quanti res ſit obſeruetur: quanuis in ſtricti iuris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur. quæ verba ſic intelligo: in bonæfidei iudiciis actori deferet iuramentũ iudex, vt eius arbitrio æſtimatio rei ſtatuatur, atque ita ol ſeruabitur tempus rei iudicandæ. i. tempus illud quo iudicaturus arbitraturúſve iudex ęſtimationem ab eo qui iurauit factam ſequitur. Nã regulare eſt vt in bonæfidei iudiciis in litẽ iuretur: in ſtrictis verò tum demum iuratur, cũ iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi nõ poteſt rem quæ non extat. nec ſolum dolus vel contumacia ſpectatur, idque propter naturam iudiciorũ, quæ à nobis tertio libro explicabitur. Et tum quidẽ in his iudiciis idẽ atq; in illis dicẽdũ arbitror. Cũ verò in iis de tẽpore litis conteſtatę loquimur, ſic intelligere oportet, vt omne tempus quod à lite conteſtata ad rem iudicandam currit, comprehendatur. Non enim iuriſconſulti ita loquuntur, vt ſolum illud momẽtũ quo lis cõteſtatur, inſpici debeat, ſed vt præcedẽs omne tẽpus excludãt. Et illud tẽpus eſt quod cõdẽnationis Seruium appellare ſcribit Vlpianus. Loquitur autẽ de cõdictione tri-

L. 3. Commo.

L. In actionibus. de in lit. iur.

L. in hac. de cond. tritic.

triticaria, quę non minus est stricti iuris quàm mutuum, ad cuius naturam quam proximè accedit. Sic autem cõdemnationis tempus accipi debere probat, quod Pomponius ait, si per venditorem vini mora fuerit quo minus traderet: condemnari eum oportere vtro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Cõstat verò ipsam quãti plurimi æstimationem (de qua ipse Pompo. loquitur) crescere si vinum etiam eo tempore quo res iudicãda est, pluris sit. Sed quid multis? Constituit generalem regulam Papinia. vt in his iudiciis quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa omnis præstanda sit in eum diem quo sẽtẽtia dicitur. Causa verò quid aliud est, quàm id omne quod habiturus esset actor si res ei litis contestatæ tempore soluta fuisset? Obseruandum quoque illud est, vt semper spectetur tempus quo nouissimè res solui potuit: ideóque si res interierit, mortis tempus cum quodam temperamento, & (vt ait Celsus) ἐν πλάτει spectandum est, id est, inspicere oportet quanto pluris fuerit eo tempore quo fortè mortifero vulnere decessit. Sed in vtroque casu, siue res sit in rebus humanis, siue esse desierit: si post moram ea deterior facta sit, ad tem-

L. 3. §. Si per. l. Si sterilis. §. Cũ per. de act. emp.

L. In fidei cõ. de vsur.

L. Præterea. de rei. vind. l. cum fundus. si cer. pet. L. Si calendis. de re. iudic.

L. Si ĩ Asia. Depo. & sim.

pus moræ in his erit reducenda æstimatio: ídque meritò: quia omne detrimentum promissoris est. Illúdque nouissimum est tempus, quo res commodissimè solui potuit: ideo litis contestatæ tempus expectandum non videtur. Non diuersæ rationes Africanum mouerunt, vt in ea specie qua qui hominem certum alterius nomine dari fideiusserat, eum ipsum soluit: æstimationem ad id potius tempus quo solutus est, nõ quo agitur, referendam esse responderet. Quamuis autem de mandati iudicio, quod est bonæ fidei, agat disertè: tamen ostendit idem in stipulatione dicendum esse, si forte per promissorem steterit. Ex his (meo iudicio) satis intelligitur quid de æstimatione senserint iuris authores. De interitu autem vel periculo rei post moram extinctæ, vel deterioris factæ, inter iurisconsultos non satis conuenit. Equidem eos non ita variè de solo rei detrimento scripsisse scio. Illud enim omnino post moram ad debitorem pertinere scribunt: sed de interitu alij generaliter, alij cum distinctione & exceptione quadam loquuntur. Id verò tandem ex eorum quæstionibus definiri potest: vt si quid creditor re sibi restituta consequi potuisset, quod propter ipsius interitum qui post moram à debitore factam euenit,

L. Hominẽ Madat.

L. xxv. §. si post. sol. ma. L. xlvij. §. vlt. de lega. j.

euenit, non poteſt: vtique æſtimatio debeatur.[a] Contrà verò ſi interitura eſſet ea res, & ſi eam actori reſtituiſſet: debitor poſt moram interitu naturali vel alio liberetur.[b] Et hunc ineuitabilem (vt ita loquar) interitum, rectè fatum cum philoſophis appellat Paulus libr. xxj. ad edictum.[c] Quî enim fieri poteſt, vt eam debitor mortem præſtet, cui humano conſilio prouidere non poſsit? Alios effectus moræ latiùs aliquando explicabimus,

a.L.xiiij. §.Sed & ſi. quod met. cau. l. xv. in fin. de rei uin. l. xij. §. ſi poſt. Ad exhibẽ. b.L.xiiij. Depoſ. l. fi. §. Si ea cõ. Ad. le. Rho. de iac. l. lvj. de iur. dot. l. xxxvj. §. ſi Prado. de pet. hær. c.L. xvj. de rei uin.

Ad cap. cxv. de verb. obligationibus. Cap. 13.

IN huius capitis enarratione multum elaborant interpretes: quorum commẽta ſi referrem, non minus quàm illi ridendus viderer. Dicam igitur quàm breuiſsimè potero quid ſentiam. Sed prius admoneo obſeruandum eſſe diligenter quod ſcribit Paulus, in hac ſtipulatione, Triticum dare ſpondes? facti quæſtionem, non iuris verſari. Nam ſi ex coniecturis appareat quid actum ſit: etiam ſi nulla certa quantitas huic ſtipulationi adiecta ſit, ipſa tamen valet. Eandem rationem in non diuerſis ſpeciebus ſequuti ſunt iuris conſulti.[a] Illámque obſeruandam arbitror etiam

L. Triticũ. xciiij. de ver. oblig. a.L. xxx. de leg. 2. l. xij. de leg. 3. l. vij. de trit. vin. vel ole. leg. l. lxix. §. Gener. de iur. dot.

cum de diei adiectione agitur. Papinianus enim noster vtramque comparat: vt verius sit in dubio vtramque esse imperfectam. Itaque si dies per errorem omissa sit, non minus imperfecta est stipulatio, quàm ea quæ cum de certo genere & certa quantitate concipienda erat, ponderis tamen, mensuræ, aut numeri mentionem non continet. Cuius rei hanc esse rationem arbitror, quia nihil actum dici possit, cùm id quod agebant contrahentes vt stipulationem adstringerent, actum non sit: in stipulationibus autem semper id sequamur quod actum sit. Et spectandum in hac specie non esse existimo an prius de die exprimenda contrahentes egerint, sed nec an deficiat probatio. Id enim necesse non est: sed ea mente contrahentes ad stipulationem deuenisse sufficit, vt diem certam exprimerent. Præterea probatione defectus stipulationem non vitiat, cùm ea iam subsistat, nec obligationis naturam respiciat probatio, verùm sit extraneum aliquid, rei naturam non immutans. Itaque ea mens contrahentium fuerat, vt certa dies diceretur, non vt certa die se sisteret promissor: vt in specie capitis xciiij. agebatur non de certa mensura præstanda, sed de ea adiicienda, quæ tamen per errorem omissa est. Vulgare enim

L. xxxiiij. de regu. iur.

L. xiiij. C. de probat.

L. iij. Si cer. pe. at.

enim eſt in contrahendo quod agitur, pro cau to habendum eſſe. Videndum eſt igitur quid actum ſit. Nam ſi pręter opinionem omiſerint diem contrahentes, atque in concipienda ſtipulatione errauerint, ea imperfecta eſt: quia nō tenetur ea die quæ omiſſa eſt, ſe ſiſtere promiſſor, alia verò non prodeſt, quia non intereſt ſtipulantis. Quòd ſi vel ſcientes prudentes diem omiſerint contrahentes, vel de ipſa adiicienda nihil cogitauerint, aliíſve coniecturis de eorum voluntate appareat: nō eſt nulla hæc ſtipulatio. Quod ſequitur in hoc capite, non adeo facilè intelligitur. Equidem Papinianū ſenſiſſe arbitror pœnalem ſtipulationem quæ à faciendi conditione negatiuè concepta incipit, non prius committi, quàm ſi conſtiterit eā adimpleri non poſſe. Idem in dandi obligatione Pegaſum ſcripſiſſe refert, Sabinum autem exiſtimaſſe poſtquam res dari potuiſſet, confeſtim agendum, idque ex ſententia contrahentium, quorum eam fuiſſe mentem veriſimile eſt. Id autem defendebat Sabinus exemplo penus legatæ. Hæredem etenim ſi dare potuiſſet penum, nec dediſſet confeſtim, in pecuniam legatam teneri ſcripſit. Idque vtilitatis cauſa receptum eſt ob defuncti voluntatem, & ipſius rei naturam. Tum neque omnino approbans

L. xv. de dam. infec. l. viij. Qui ſatis. cog.

neque refellens Sabini ſentẽtiam Papinianus ſubiicit eã poſſe recipi ſi pœnalis ſtipulatio nõ à conditione ſed ab ipſa cõuentione cœperit. Quod ipſe ſine dubio verũ eſſe ait cũ id actũ probatur. Itaque ſi ea contrahentium ſententia non fuerit, recipi Sabini opinio non poteſt. Quod verius eſt: cum ipſe Papinianus ex ſua ſententia prius ſcripſerit, pœnalem ſtipulationem ita cõceptã, vt ab initio ageretur, vt quocunque die promiſſor ſiſteret, id eſt ſi non ſtetiſſet, pecuniam daret: quaſi quãlibet ſtipulationem ſub cõditione cõceptam vires habere, nec antè cõmitti, quàm fuerit declaratum reũ promittendi ſiſti non poſſe. Sed nec Sabini rationes ipſius ſententiam maximè confirmant: quia ſtipulationum & legatorum eadem non eſt ratio. Nam in legatis inſpiciendum eſt vt defunctorum voluntates quum primum licet impleantur: quod & teſtatoris ſentẽtia & vtilitas, ac rei natura ſuadet. Penus enim legatum alimentorum ſimile eſt, nec dilationem magnã expectare poteſt. Verùm ſtipulationes in ambiguo contra ſtipulatorem omnes interpretamur: cùm in eius poteſtate fuerit ipſas clarius concipere. Quare ex his quæ Papinianus in hac quæſtione ſcripſit, conſtare illud opinor, vt ex quacunque pœnali ſtipulatione ſub

ne-

negatiua conditione concepta, siue ea dandi, siue faciendi sit, siue ab ea, siue à conuentione stipulatio incipiat, non prius ex ipsa agi possit, quàm si desierit posse adimpleri conditio: nisi aliud inter contrahentes actum esse appareat. Quod & in aliis negotiis vt legatis locum habet, si quid aliud fauore quodam vel vtilitatis causa receptum non sit ob defuncti voluntatem, & ipsius rei naturam. Et certè huiusmodi stipulationes in quæstione facti, non iuris (vt suprà diximus) versantur. At in dubio id sequendum quod verisimilius est sensisse cõtrahentes. Illud autem esse constat quod ex Papiniano retuli. Ex hac nostra interpretatione commentitias esse quæ ex hoc responso colliguntur regulas intelligere quisque poterit: vt èas longiori disputatione refellere non oporteat.

L.j. §.item si ita. ad l. Falcid. l.j. de penu legat. l. xx. de sta. lib. l. xxiiij. Quãdiu leg. &c.

De Militiis. Cap.14.



Ilites ex eo appellatos esse Marcus Varro scribit, quòd primùm ex tribus hominum millibus legio constaret, atque singulæ Tatiensium, Rhamnẽsium, & Lucerum tribus millia singula militum mitterẽt. Vnde

qui vnus de illis mille esset, miles dicebatur. Et principiò quidem illos à veteribus milites dictos fuisse solos, qui belli periculis corpus suum, vitámque obiiciebant, ex antiquis monumentis constat: Inde militiam pro bello non historiographi tantùm, sed etiam iuris nostri authores, & alij de lingua Romana bene meriti vsurpant. Quodam verò vsu receptum est, vt ad sodalitia quoque & collegia quibus coeundi potestas lege data est, militiæ nomen referatur, vt dici non absurdè militia posit communis quædam personarum eiusdem laboris, studij, artificij vel negociationis causa collectarum exercitatio. Nam & militare dicuntur aduocati: vt eleganter Leo & Anthemius A.A. rescripserunt. Nec enim solos nostro imperio militare credimus (aiunt) illos qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, sed etiam aduocatos. Nam militant causarum patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, ac posteros defendũt. Et M. Tullius Cicero vrbanam militiam respondendi, scribendi, & cauendi dixit. Seruius hic (pro Murena inquit) nobiscum hanc vrbanam militiam respondendi, scribendi, cauẽdi, plenam solicitudinis & stomachi sequutus est, ius ciuile didicit, multum laborauit, præstò multis

L. aduocati. de aduo. diuer. iud.

multis fuit. Iuris autem noſtri authores cùm de iis qui militare poſſunt loquũtur, armatam (vt aiunt) militiam intelligũt, & ad propriam militiæ appellationẽ propius reſpiciunt: quanuis aliam quæ vera (vt ita dicam) & germana non eſt, ſed ipſa inermis dicitur, ab illa diſtinguant: quos in hac diſputatione ſequẽdos mihi propoſui. Itaque militiarum duo eſſe genera exiſtimo, quæ Iuſtinianus titu. Negotiatores ne militent, diſertè explicat, eos qui vel in hac alma vrbe, vel in prouinciis cuidam ergaſterio præſunt, militare de cætero prohibemus (inquit) exceptis argẽti diſtractoribus qui in hac alma vrbe negotiantur. Hos enim, vtpote vtiles omnibus contractibus, armata quidem militia penitus abſtinere ſancimus: aliam verò quancunque ſine metu præſentis ſanctionis poſſe ſibi acquirere. Ex his conſtat militiam quandam eſſe armatam, quandam verò inermem. Illa quidem (de qua prius dicẽdum eſt) rectè, mea ſententia, in officialem & non officialẽ diuiditur. Extat enim titulus in Codice Iuſtinianæo de filiis officialium militiarũ qui in bello moriuntur: eiúſque vna conſtitutio, quæ eſt Imperatoris Conſtantini, officia milites habuiſſe oſtendit: cuius hæc ſunt verba: Hi qui ex officialibus quorumcũque officiorum

Tit.xxxv. lib.12.C.

xlviij. titu. lib.12.C.

geniti ſunt, ſiue eorundẽ parẽtes adhuc ſacramẽto tenẽtur, ſiue iam dimiſsi ſunt, in parentũ militiã vocẽtur. Nã eorũ mihi non placet opinio, qui eandẽ eſſe officij & militiæ ſignificationẽ exiſtimãt. Quoſdã enim milites nullo officij genere ornatos fuiſſe ex eo conſtat, quòd Imperatores eorũ qui aliqua dignitate præditi ſunt, officia, aliorũ verò militias ſimpliciter dicãt: & ad eos ſępius officia referant, qui in vrbana verſantur militia, vt ſunt proximi ſacrorũ ſcriniorũ. Ideóq; Iuſtinianus de ordinãdis Quæſtoris ſacri palatij adiutoribus ſtatuens, idẽ in aliis quoq; penè officiis omnibus obſeruari reſcribit. Quibus verbis non oſtendit militias & officia indifferẽter vſurpari, ſed in omnibus penè officiis obſeruari, vt pro ratione tẽporũ quibus libelli porrecti ſunt, ordinentur.

L. xiij. C. de prox. ſacr. ſcript. Ea autem cõſtitutio eſt ſub titulo de proximis ſacrorũ ſcriniorum: quorũ militiam, exercitationem ſeu officiũ in ſcriniis palatij, id eſt memoriæ, epiſtolarum libellorúmque ac diſpoſitionum fuiſſe Theodo. Arcad. & Hono. ſcribunt. Et annonas quidem quæ huiuſmodi officiis adſolent delegari, ad ſimilitudinem militum quibus ærariæ præbentur annonæ, adærari præcipit Leo: vt veriſimile ſit ad militum ſimilitudinem inſtituta fuiſſe huiuſmodi officia.

L. iij. & ſeq. de prox. ſac. ſcr.

L. xv. C. de erog. mili. ann.

cia. De iis verò militibus loquimur, qui bellorum periculis expositi, gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur: quorum alios cùm sine officio, alios verò officiales fuisse dixerimus, eiusdem omnino militia cum officio significationis esse non potest. Militia verò nõ officialis à Valent. Theod. & Arcad. cohortalis dici mihi videtur. Exceptores (inquiũt) õnes iudicibus prouincialibus obsequẽtes, qui nec cohortalẽ militiã sustinere vidẽtur, neq; à fisco vllas consequũtur annonas. i. qui neq; cohorti adscripti sunt, neq; aliquas cõsequũtur à fisco militares annonas: quæ etiã (vt ex Leone retulimus) ciuilibus ordinibus erogabantur. Nã eos cohortalẽ habere militiã nõ interpretor, qui tanquã ministri & domestici iudicũ vtebãtur priuilegio militum: neque eos qui militũ cohortibus ministrabant: sed eos qui ex cohortis numero nulla dignitate ornati erant. Et quod Valentinianus scribit, eos qui chartas vel tabulas, vel quodcũque aliud ministerium cohortis optauerint, non antè accedere permitti, quàm eorũ nomen matriculis receptũ primitus fuerit: aliã cohortalis militiæ significationem esse non ostendit. Scio tamen cohortales aliquando dici eos qui cohortalibus (vt ait Anastasius) obsequiis obligati sunt: quibus non fuere tot tan-

L. v. C. de muner.

L. x. de cohortal. C.

L. vlt. de cohort. C.

táque priuilegia, quanta militibus ipsis. Sed de iis postea: nec enim rectè armatis militibus cō numerantur. Inermis militia quędam est, quæ negotiationis seu professionis propria est: quædam quæ præter negotiationem seu professionem competit. Hanc distinctionē ex duabus Iustiniani constitutionibus collegi: quarū vna est sub titulo Negotiatores ne militēt. Altera quam Anastasio nonnulli tribuunt, extat sub titulo de iurisdictione omnium iudicum. In illa sic rescribit Imperator: Illis qui ad armorum extructionem suam professionem cō tulerint, minimè prohibendis ad competētem suæ professionis venire militiam, & huiusmodi negotiationem nihilominus retinere. Quibus verbis ostendit quandā esse militiam quæ ipsi cohæret professioni, eámque comitatur: vt qui negotiationem huiusmodi exercet, à militia nō excludatur. Huius generis sunt omnes negotiationes quæ maiorum (vt ita dicā) militiarum quædam esse appendices videntur. eas adminicula cæterarū dignitatum Leo appellat. Annonas omnes (inquit) quæ vniuersis officiis atque sacri palatij ministeriis, & sacris scriniis, cæterísque cunctarum adminiculis dignitatum adsolēt delegari &c. vnde Bastagiorum, Fabricensium, & apparitorum militia

L.xv.de erog.milit. ann.C. L.viij.de murilegulis.l.vj.de Fabricen. lib.xj.C.l. iij.de diuer. offic.lib. xij.C.

litia dicitur. Ita rectè collegium fabrorum, centonariorúmque militiæ Rauennatis & Mediolanésis in antiquis lapidum inscriptionibus militiam vocari existimo. Erant enim isti armatæ militiæ adiutores, & ex eorum numero quos militibus ministrare diximus. Alia est militia, quæ pręter negotiationem seu professionem competit, id est quæ nulli cohæret negotiationi, seu professioni. Eius meminit Iustinianus in vltima (vt à nobis dictum est) constitutione tituli de iurisdict. omn. iudicum. Quapropter iubemus (inquit) huiusmodi hominibus nec cuiuslibet militię seu cinguli vel dignitatis prærogatiuam in hac parte suppetere, sed eos qui statutis in qualibet militia annumerati sunt, vel qui dignitatem aliquã prætendũt, iis iudicibus tam in publicis quàm in priuatis causis obedire, ad quorum solicitudinem professionis seu negotiationis quam præter militiam exercent, gubernatio videtur respicere, id est, non propter certam militiam exercent. Neque enim cum Haloandro propter militiam legendum est. Et certè non omnes negotiatores ab omnibus remouentur militiis, sed ij tantùm qui diuersarum rerum negotiationibus detinẽtur: quos ergasterio præesse dicũt Imperatores. Zeno. Sed etiã cũctos,

L. vlt. C. de iurisd. omn. iud.

L.xij.de cohort.

(inquit) qui diuerſarum rerum negotiationibus detinentur, trapezitas ſcilicet, vel gemmarum, argentíq;, veſtiúmve venditores: apothecarios etiam, cæteróſque inſtitores aliarũ mercium quibuſcunque ergaſteriis adhærentes, iubemus à prouincialibus officiis remoueri: vt omnis honor atque militia à cõtagione huiuſmodi ſegregetur. Qua conſtitutione indicat negotiatores qui ergaſteriis præſunt, à militiis prouincialibus remoueri; & iis quidem officialibus. Prouinciales autẽ militiæ ſeu officia dicuntur quæ militibus per prouincias adſignantur, vt contra inermem militiam à Cicerone vrbanam dici retulimus. Imperator Iuſtinianus, Eos, ait, qui vel in hac alma vrbe, vel in prouinciis cuidam ergaſterio præſunt, militare de cætero prohibemus: exceptis argenti diſtractoribus qui in hac alma vrbe negotiantur. Hos enim, &c. Quo reſcripto Zenonis cõſtitutioni addit, vt nullam qui ergaſterio præſunt, militiam, ne inermem quidem, exerceãt: cùm ille de armata tantùm & officiali ſtatuiſſet. Interpretari autẽ Iuſtinianũ ex alio ipſius reſcripto oportet, vt nõ modò argẽti diſtractores, militias quæ armatæ non ſunt, habere permittantur, ſed omnes alij negotiatores, profeſſorésve, qui ergaſteriis nõ præſunt. Ideo enim

illos

illos excipit imperator, quia officinæ quæ à Græcis ἐργαστήριον dicitur, adhærere videntur. Quamobrem is ipse Iustinianus argẽti distra- L. vlt. C. de pignor.
ctores, metaxarios, & alios quarũcunque specierum negotiatores acquirere militias posse rescribit. Specierum autem negotiatores intelligo, non qui diuersarum rerum negotiationibus occupati aliquid operæ mechanicæ exhibent, & venale proponunt, sed qui in ergasterio minimè operantur, mercésque vænales quæstus quotidiani causa non ostentant, verũ quascunque alias honestæ negotiationis species exercent. Opifices enim omnes (vt eleganter M. Tul. Cicero scribit) in sordida arte versantur: nec quicquam ingenuum potest habere officina. Est alia militiæ diuisio, quam in hac ipsa constitutione attingit Iustinianus. Ait enim quancunque liberis suis vel alio modo cognatis militiam negotiatores acquisierint, eam tamen quæ vendi, & ad hæredes sub certa definitione transmitti potest, creditoribus iure hypothecæ teneri. Quibus verbis ostendit quandam esse militiam quæ nec alienari, nec ad hæredes transmitti vllo modo potest: aliam quæ vendi, ad hęredésque transferri potest, verùm non liberè & absolutè, sed sub certa definitione. Tertium militiæ genus

ex nouella eiuſdem conſtitutione 53. colligitur. Ipſe enim ſancit vt militiæ quæ ex caſu vocantur, non cuiuis temerè hypothecę nomine opponantur. Vt hæc militiarum genera explicemus, intelligendum eſt non otioſè Imperatorem noſtrum hanc ſiue exceptionem, ſiue interpretationem, iam tamen quæ vendi, & ad hæredes ſub certa definitione trãſmitti poteſt, adieciſſe. Cùm enim latiſsima ſit militiæ appellatio, nec ad omnem adſpirare negotiatoribus liceat quam: ipſi acquirere poſsint, oſtendit: vt id ſenſiſſe videatur: Quancũque negotiatores militiam acquiſierint, eam tamen cuius ſunt capaces, id eſt, eam quæ vendi, & ad hæredes tranſmitti poteſt. Ex his conſtat eam alienari, & ad hæredes trãſmitti poſſe militiam, quæ ab argenti diſtractoribus & aliis negotiatoribus ergaſterio non adhęrentibus etiam acquiri poteſt: quam à nonnullis priuatam militiam ſeu collegium, ab aliis officium quod ad hæredes & quoſlibet alios ſucceſſores tranſit, appellari ſcio: vt eſt eorum munus qui regiis diplomatibus ceram imprimunt, quos calefactores cerę dicimus. Sed neque illorum abſurda nõ videtur interpretatio, neque horum ſententia ad iuris authorum opinionẽ accedit. Si enim militias, corpora & ſodalitia lege, ſenatuſcõſulto, vel

vel principis placito constituta interpretemur, omnes negótiatores, etiam ij qui ergasteriis adhærent, militias habere permittentur, erítq; inanis Iustiniani constitutio, qui (vt diximus) ne ad inermem quidem militiam eos aspirare vult. Sed & serui in collegia tenuiorum volétibus dominis recipi possunt, cùm tamen ab omni militia excludantur. Quod verò de officiis dicitur, ad nostros quidem mores propius quàm ad Quiritum iura accedit: quæ cùm interpretamur, videndum est quid ipsis iuriscósultis & Imperatoribus placuerit, non quid hodie obseruetur. Quanuis autem officia generali militiæ appellatione comprehẽdi posint, cùm ea esse dicamus communes quasdã exercitationes eorum qui eadem præditi sunt dignitate: aliud tamen significare militia videtur, & maximè in hoc argumento. Itaque vt ingenuè quod sentio dicam, ipsa hæc militia quæ vẽdi, pignori obligari, & ad hæredes trãsmitti potest, esse mihi videtur exercitatio quędam publica, populi Romani vel principis authoritate, ad similitudinem eius militię quę armatis militibus adsignatur, constituta: cui annua salaria, certáque emolumẽta aut ex annonis publicis, aut aliunde adsignata erant. Et verisimile quidem est eum qui ipsam instituę-

L.iij.de colle.& corp.l.vj. C.qui milit.

bat certa definitione eius alienationem, ad hęredésque transmisionẽ circunscripsisse: quod Iustinianum obiter notasse diximus. Hæc autem est militia de qua sæpius nostri iurisconsulti loquuntur. Celsus, Lucius Titius (inquit) in testamento suo Publio Mæuio militiam suam reliquit, siue pecuniam qũæcunque redigi ex venditione eius potuerit, cum suis commodis, id est salariis. Nam commodorum appellatio latissimè patet, atque ex argumẽto & re subiecta interpretationẽ accipit Vlpianus. Si seruo alieno militia relinquatur, an domino quæratur legatũ, dubitatur. Et aut scit seruum esse, & dico æstimationem deberi: aut ignorauit, & denegari fideicommissi persequutionem: quia si sciisset seruum, non reliquisset. Scæuola. Alumno præcepit militiã his verbis: Sempronio alumno meo illud & illud: & cùm per ætatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo: hæcque omnia integra. Ex quibus verbis alienandæ huius militiæ ratio colligitur. Nam cum ipsa sit pecunia comparanda (vt etiam ex Iustiniano constat) æquum est vt vendi, pignori dari, & ad hæredes transmitti posit, vt cætera quæ in commercium hominum veniunt. Sed & pro introitu certum aliquid dandum erat: quod militiis

L.xxij. de leg. ij.

L.xi. de le. iij.

L.C. de leg. iij.

L.vlt.C. de ping.

litiis cum collegiis & corporibus commune erat. Idem ipse Scæuola libr. vij. Digesto. Inter venditorem & emptorem militiæ ita conue- *L. lij. de act. emp.* nit, vt salarium quod debebatur ab illa persona, emptori cederet. quæsitum est, emptor militiæ quam quantitatem a quo exigere, & quid ex huiusmodi pacto venditor emptori præstare debeat? Respondit venditorem actiones extraordinarias eo nomine quas haberet præstare debere. Quod autem de salario ab alia persona præstando scribit, nouellæ Iustiniani constitutioni conuenire non videtur. Hic e- *Nou. liij.* nim omnem militian publicam esse, neque aliunde omninò reditum habere quàm ex principali liberalitate dicit. Verùm obseruandum est Haloandri interpretationem cum græca scriptura omnino non consentire. sic enim est Græcè καί τοι πάσης στρατείας δημοσίας οὔσης. id est quanquam tota militia esset publica. Loquitur autem de iis militiis quæ pignori obligari non poterant, sed quas imperatores speciali quodam iure ac humanitate & clementia moti creditoribus hypothecæ habere concedebant, quanuis totæ publicæ essent, neque aliunde quàm ex principis liberalitate reditum haberent. vnde a contrario colligi potest quasdam fuisse militias quæ omninò publicæ non

erant, & aliunde quàm ex principalibus annonis ſalarium habebant, quæ ipſo iure alienari, ad hæredéſque tranſmitti poterant, id eſt ſine vlla principum indulgentia, & humana permiſsione. Mihi verò non placet quod quidam Scæuolæ reſponſum enarrantes ſcripſerunt, milites aut à principe, aut aliunde ex publico ſalarium vel annonas vel quiduis aliud certum accepiſſe: nihil tamen vetitum fuiſſe cur non alia etiam emolumenta perciperent ab iis qui eorum opera vterentur: vt hodie iudices ſportulas à litigantibus recipiunt, & noſtri actuarij & grapharij ab iis quibus acta ſua publica concedunt, quanuis ſtipendio annuo donentur à principe. Nam Scęuola diſertè ſalarium quod ab aliqua perſona debebatur, dixit. Verùm Ludouicus 12. Francorum rex conſtitutione ſua prohibuit ne iudices & officiales regij aliquam penſionem ſeu ſalarium ab iis accipiant quibus ius dicere poſſunt. Sportulæ autem ſalaria non dicuntur. Quare mihi veriſimilius, & ad Scęuolæ ſententiam propius accedens videtur, ſalarium militiæ debitum ex principis vel Reipubl. authoritate, à certa perſona ſolui oportuiſſe. Nã (vt facilè coniicio) non abſurdè quis dicat principem vel Rempubli. ſalaria huiuſmodi mi-

Art. 32. & 35. fol. 48. vol. j.

militiæ à certis quibusdam personis præstanda adsignasse, quæ extraordinaria actione petebantur, id est non datis à Prætore iudicibus, sed ipso cognoscente extra ordinem magistratu. Generaliter à nobis definitum est quæ militiæ vendi, pignori obligari, & ad hæredes transmitti possunt: de quibus multæ initio controuersiæ fuerunt: sed ex diuersis iuris authorum libris quænam illæ sint, tandem constitit. Et vt finem huic disputationi faciam, expresse Iustinianus ostendit eas distrahi, & in alios conferri militias posse, quæ certa pecunia acquiri possunt, quæque vt cætera in commercium hominum veniunt. De iis autem militiis quę alienari non possunt (quod secundum est nostræ quæstionis caput) non est adeo dubitatum. Nam cum omnes personis eorum à quibus exercentur, quodam modo hæreant, non facilè distingui poterant illæ quas alienare licebat, sed distrahi nullas posse videbatur. Quæ tamen illæ sint, ex superioribus intelligi potest. Quare ad tertium genus veniamus, in quo maior difficultas versatur. Et disertè quidem Iustinianus tria militiarum genera, aut certè duo, quorum alterum sub diuidit, facere videtur. Primúm enim quasdam esse militias quas vendi aut pignori obli-

L. xxx. de inoffi. test. C. l. v. Qui milit. poss.

gari posse constat. Tum subiicit alias priscis temporibus fuisse, quæ non hypothecæ ferebantur, sed obsoleta quædam & prorsus ex vsu sublata nomina, quas postea imperatores

Non. liij. inopia creditorum perspecta, ipsis speciali iure, & humanitatis (vt ita dicam) gratia præbebāt. Postremò eam ob causam sancit (id est quia imperatores interpellātium creditorum miserati, earum militiarum ius præbebant) vt militiæ quæ ex casu vocantur, non cuiuis temerè hypothecæ nomine opponantur. Quorum verborum hic mihi sensus esse videtur: Vt quemadmodum imperatores in illis militiis quæ pignori non obligabantur, sed earum loco obsoleta quædam nomina ferebantur, quæ imaginariam quandam hypothecam concipiebant, ius pignoris cognita, vt sic loquar, creditorū paupertate dabant, atque si verè pignori tenerentur: ita sancit Iustinianus vt hæ militiæ quæ ex casu vocātur (quas eum a cæteris separare veríve est, aut certè vt quibusdam placuit, tanquam sub secundo genere comprehensas distinguere, ac si vellet moderari interpretaríve principum liberalitatem) non cuiuis temerè creditori hypothecæ nomine opponantur, id est non nisi cognita causa, perspe-

ſa, perſpectáque eius paupertate, præterquam ſi is ſit qui in hoc mutuam pecuniam dedit, vt ille militia potiretur. Fieri autem non poteſt vt hanc conſtitutionem intelligamus, niſi quæ ſint ex caſu militiæ, cognouerimus. Equidem clariſsimum iuris conſultum Lælium Taurellum eas ex caſu militias appellare ſcio, quæ in alios transferri ex neceſſaria tantum cauſa per fortuitum caſum imminente poterant. Sed ea conſtitutio quam refert, ipſius ſententiam nullo modo iuuat. Nam ſi nulla ſit alia ratio ob quam illæ ex caſu dicantur militiæ, eandem ob cauſam reliquæ omnes quas diſtrahi & ad hęredes tranſmitti ſub certa definitione poſſe diximus, quáſque manifeſtas eſſe Iuſtinianus ſcribit, ex caſu appellari poterũt. Eam enim certam dici ab imperatore definitionem veriſimile eſt, quæ certas & neceſſarias cauſas definiebat ob quas militiæ vendi, pignori dari, & ad hæredes tranſmitti poterant: cuius generis fuiſſe ſenium, morbum, vel alium fortuitum caſum affirmare auſim. Sed nec in eas quoſcunque ſubrogari poſſe Iuſtinianus reſcribit, ſed eos tantum quos ipſe enumerat: nec fortuitum omnem caſum amplectitur, verùm ſolius mortis meminit. Melius igitur alij, qui ex caſu militias fuiſſe putant,

L. Vlt. C. de prox. ſac. ſcr.

L. vlt. C. de pigno.

quæ non deferebantur hæredibus, verùm mortuo milite ad ipſum principem aut alium magiſtratum ius earum concedendarum redibat. Sed vereor ne longius à Iuſtiniani ſententia diſcedant. Nam & illæ militiæ quarum ius creditores ab imperatoribus obtinebant, non erant hęreditariæ : à quibus tamen eas quæ ex caſu vocantur, diſtinguit imperator. Præterea ſic illi nouam hanc conſtitutionem interpretantur, vt filios & vxorem in militia patris & mariti, ſi ſoluendo ſit, ſuccedere: verùm ſi inops, eam habere non tanquam ex ſucceſsione ſed ex principis beneficio Iuſtinianus velit. Quibus verbis ſignificant hanc militiam ſi ſoluendo ſit, non cadere: verùm ſi inops, ad principem redire, ex cuius liberalitate ipſi filii & vxor eam accipiant. Quod quàm rectè, & ad hanc conſtitutionem appoſitè dicatur, aliorum ſit iudicium. Ego verò ex caſu militias dici arbitror, quæ ex caſu pendebant: adeò vt ipſæ, ſi fortè milites ſine vlla ſubrogatione (quam vulgo reſignationẽ appellant) decedere cõtingeret, ad principẽ venirẽt, de quibus ipſi ſuo arbitratu ante Iuſtiniani cõſtitutionẽ diſponẽdi poteſtas erat. Sed ab earum commerciis non excludebantur milites niſi caſu facto (Sic enim imperator noſter loquitur)

Nou. cxvij.

loquitur)id eſt niſi huiuſmodi caſus accideret quo militia tanquam caduca ad principem veniret. Non difficile autem eſt intelligere quid inter hoc militię genus,& reliqua duo de quibus iam diximus,interſit.Nam ante caſum factum liberè alienari diſtrahíque poterat: poſt ipſum verò idem penè obſeruabatur atque in militia quam ipſo iure vendi,pignori obligari, & ad hæredes trãſire non poſſe diximus:vt in ea ſcilicet creditor temerè ius hypothecæ non haberet, niſi pecuniam ad eam emendam credidiſſet. Eſt & alia quæ ex hoc loco colligitur differentia ,vt ex caſu militiæ acquiri pecunia potuerint, quemadmodum illæ quas ſub primo genere complexi ſumus: cum tamen reliquæ ex mera principum liberalitate proficiſcãtur,quas ſecundo generi adſcripſimus. Verùm illæ quas alienari oſtendimus, etiam ſine ſubrogatione ad hæredes tranſeunt, vt cætera quæ in defuncti hæreditate inueniuntur. Aliæ verò nec diſtrahi, nec ad ſucceſſores tranſmitti,intercedẽte etiam ſubrogatione poſſunt, niſi principi placuerit. Eſt igitur hoc medium quoddam genus vtriuſque particeps, vel potius expers, vt de temperato dicendi genere Cicero noſter in oratore ſcribit. Itaque vt finem faciam,ex caſu militiæ ſunt,quæ tãquam

fortunæ casibus expositæ, ita ex eorũ qui ipsas habent arbitrio pendêre videntur, vt si quid tamen infortunii accidat quod ipsius liberam disponendi facultatem auferat, ad principis nutum veniant.

Ad L.Gallus.de liberis & posthumis. *Cap.* 15.

IVreconsultorum munus in interpretando, cauendo, & respondendo fuisse accepimus. Qui verò rempublicam illis officiis iuuabant, gratissimi populo Romano erant, vt hic noster Gallus Aquilius Q.Mutii P.filii Pontificis Maximi auditor: de quo M.Tullius Cicero in oratione pro Cecinna sic dicit. Hoc dicam, nunquam eius minimũ authoritatẽ valere, cuius prudentiam populus Romanus in cauendo non in decipiendo perspexit: qui iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate seiunxit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem suam populo Romano prõptã expositámque prębuerit: qui ita iustus & bonus vir est, natura, non vt disciplina consultus esse videatur: ita peritus ac prudens, vt ex iure ciuili non scientia solùm quædam, verumetiam bonitas nata illi videatur: cuius tantum est ingenium, tam prõpta fides,

vt

vt quicquid inde haurias, purum, liquidũque te haurire ſentias. Itaque Gallus cũ ſæpe poſthumorum nepotũ præteritione, qui filio morte ſubtracto agnaſcebantur, teſtamenta rumpi videret, ipſéque iterum atque iterum ſemel ea de re conſultus formulam teſtatoribus præſcriberet, qua ſuorum teſtamentorum conſeruationi proſpicerent, hanc in populi vſum cautionem ac formulam vtilem & neceſſariã induxit, quam interpretatus eſt Serbidius Scæuola: ad quẽ veniemus cum huius cautionis originem indagauerimus. Eleganter Iuſti. in nouella conſtitut. xij. reſcribit, vt omnia quæcunque ab hodierno die teſtator diſponat, ſiue vir exiſtat ſiue mulier, ea firmitaté habeant. Sanciat enim quiſque (ait) in rebus ſuis vt dignum eſt, & pro lege voluntas eius eſto: quẽadmodum nobis lex etiam omnium vetuſtiſſima, & quæ prima ferè Romanis conſtituit Rempublicam, nempe xij. tabu. vetere & patria lingua his penè verbis inquit: Is vti legaſſit, ſuæ rei ita ius eſto. Nam verbis legis. 12. tabul. latiſsima poteſtas tributa videtur & hæredes inſtituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Hanc quidem legem antiquiſsimam, & cum humano genere natam, omniumque gentium mentibus in- *L. Verbis leg. de verb. ſignifi.*

ſcriptam eſſe M.Tullius Cicero lib.3.de finibus oſtendit, & Iſocrates in Aeginetico.Ipſa enim nos docuit natura,vt de iis ſaltē quē noſtro labore & induſtria parauimus, liberè diſponamus:ideoq̃ue non mirum eſt ſi cum Græci de aliis iuris partibus parum inter ſeſe conuenirent,in hanc tamen vnam de iure teſtandi tanquam naturalem legē omnes conſentirent. Cū igitur lege 12. tabul. lata adeo poteſtas teſtatoribus data ſit, illa poſthumorum quorūcúnq; inſtitutionem conceſſam fuiſſe arbitror: vt quod Iuſtinia.ſcribit,alienos poſthumos & antea inſtitui potuiſſe,& nūc poſſe,ex ipſius cō ſtitutione interpretationē accipiat: vt lege 12. tabu.(quæ alienos poſthumos anteea tempora quibus ipſo iure inſtitui non poterant, permiſerat hęredes fieri)rectè inſtitui hæredes potuerint: & nunc ex noſtra conſtitutione quæ liberam teſtandi facultatem quadam prudentum ſubtilitate ſopitam reſtituit,poſsint. Verū eam poteſtatem interpretatione prudentum coanguſtatam fuiſſe Pomponius ſcribit:cuius opinionem ſequutus ita apud Iuſtinianum alio loco interpretor, quòd alieni poſthumi inſtitutionem iure ciuili non valuiſſe dicit. Ius enim ciuile Pōponius noſter appellat prudētum interpretationem. ſic enim ait, His legibus

§.Poſthumus. de legat.inſt.

d.l.verbis

Titu.de bo. poſſeſſ. inſt.

L.2.de ori. iur.

bus latis(loquitur de legibus 12.tab.) cœpit vt naturaliter euenire solet, vt interpretatio desideraret prudentiū authoritatem, necessariámque esse disputationem fori: hæc disputatio, & hoc ius quod sine scripto venit compositum, à prudentibus propria parte aliqua nō appellatur, vt cæteræ partes iuris suis nominibus designātur (datis propriis nominibus cæteris partibus) sed communi nomine ius ciuile appellatur. Quare hæc alieni posthumi instituendi prohibitio non lege ipsa 12.tabu. sed quodam vsu qui ex prudentum interpretatione manauit, introducta est. Quod & alii doctissimi iuris interpretes ante me senserūt: verùm propius quàm scholastici doctores ad imperatoris sententiam non accesserunt. Nullum certè est 12 tab. caput, quo vetitam hanc fuisse institutionem probetur: vt mirari satis non possim quid sit quod vnius Theophili Romanarum antiquitatum indocti authoritas eruditissimis etiam viris persuaserit lege 12. tab. alienum posthumū hæredem scribi nō potuisse, cum ea sententia à Pomponio disertè refellatur, & Iustinianus noster dicat, vetustatem mediámque iurisprudentiam omnes eas subtilitates quas ipse sua constitutione sustulit, introduxisse: legem verò 12.tab. illas ignorasse: ideóque præ- *Tit. de exhær. lib.*

h

tores qui ſimplex ius, & vt à decéuiris conſtitutũ erat, ſequebantur, horũ poſthumorũ inſtitutiones probauerunt, eíſque bonorum poſſeſsionẽ dederunt. Qua autẽ ratione moti prudentes alienos poſthumos inſtituendos nõ eſſe reſponderint, quæritur. Equidem iuriſconſultis placuiſſe exiſtimo incertas perſonas inſtitui nõ poſſe: quia (vt in Vlpiani epitome legitur) certũ conſilium debet eſſe teſtantis. Nulla autem is certa & deliberata animi ſententia ac voluntate in eum opes facultatéſque ſuas conferre poteſt, quẽ dubia opinione teſtator animo ſuo ſubiicit. Nec enim commodum atque tutum eſt eum ſcribere hæredem, qui licet teſtamenti tempore in rerũ natura eſſe videatur, incertum eſt tamen an ipſe naſciturus ſit, hæréſque eſſe poſsit. Et hęc quidẽ de alienis poſthumis. Suos enim hæredes ſcribere nullo iure prohibitus eſt teſtator: cum ſimul atque concepti ſunt, quodammodo rerum paternarum domini exiſtimentur: vt teſtamentum valere non poſsit in quo præteritus eſt is qui poſt mortem naſci poteſt filius, ſuúſque hæres. Vnde Africanus, ſi filius hæres inſtitutus ſit omiſſo poſthumo, filioque ſubſtitutus nepos ex eo ſit ſi interim moriatur filius: poſthumo nõ nato, nepotẽ tam patri quàm auo ſuum hæredem

Tit. xxij.

L. in ſuis. de lib. & poſthu.

L. Si filius. de lib. & poſthu.

dem futurum reſpondit: quia cum præteritione poſthumi ſui qui reuera teſtamenti tempore conceptus erat, nullum ſit teſtamentum, ex eoque alter filius iam natus adire hæreditatem non poſsit, auo nepos ſuccedit. Ex his conſtat poſthumos quoſdam ſuos eſſe, quoſdam verò alienos. Illi ſui dicũtur, quos nemo in iure ſui præcedit: vt ſunt omnes primi gradus. Et ij quidẽ vel hæredes inſtitui, vel exhæredari debent. author Vlpiani epitomę. Poſthumi quoque liberi, inquit, id eſt qui in vtero ſunt: ſi tales ſint vt nati in poteſtate noſtra futuri ſint, ſuorum hæredũ numero ſunt. Alieni poſthumi appellantur qui quandocunque naſcentur, inter ſuos hęredes teſtatori futuri nõ ſunt. Extraneũ enim vel alienũ dicimus eũ qui teſtatoris iuri ſubiectus nõ eſt. Sunt verò quidẽ poſthumi, qui ſi tẽpore teſtamẽti naſcerẽtur, ſui nõ forẽt: verũ ſperãtur ſui hæredes futuri, filio ſcilicet ante teſtatorem mortuo. Sed cũ induxiſſẽt prudẽtes poſthumos alienos rectè ſcribi hæredes nõ poſſe, hi etiam inſtituendi nõ videbãtur: quia ſi teſtamẽti tẽpus ſpectetur, ij ſui poſthumi ſoli dicuntur, qui tum nati cum de rebus ſuis diſponit teſtator, ſui hæredes futuri eſſent: nepotes autem poſthumi ſi eo tempore naſcerentur, ſuis hæredibus annumerari

§. Poſthumi. de exh. lib. inſt. Titu. xxij.

§. Poſthumus. de leg. §. Ceteri. de hæred. qual. et differ.

non possent. Sæpe autem contingebat, vt mor tuo ante testatorem filio qui solus institutus erat, ex eo nepos post aui obitum nasceretur: & is ipse qui se præteritum videbat, cùm tamẽ suus hæres haberetur, & in filiorum gradum & cõditionem redactus esset, testamentum rũ peret. Quibus periculis cùm facilè testatores occurrere non possent, Gallus noster cautionem quãdam & formulam induxit qua posthumi illi nepotes ritè instituerentur. Et ad nouum quidem ius inducendum, vetúsque abrogandum, non magis Aquiliana cautio pertinet, quàm illa quæ à Pomponio traditur ad eum hæredem instituendum qui nondum natus est, verùm quandocunque nascetur, suus testatori futurus est hæres. Nam eò tantùm Galli formula pertinet, vt cautè testamentum scribat is qui eius faciendi tẽpore conceptũ ex filio nepotem intelligit: ne si eum omittat, ipse natus rũpat testamẽtum. Sed an sui, an verò alieni posthumi nepotes dici debeãt illi de quibus instituendis egit Gallus, parui referre existimo. Satis est enim si eius cautionis vim ac interpretationem intellexerimus. Et certè Paulus ab herede posthumo (sic enim in manuscriptis codicibus legi) fideicõmissum dari posse scribit. Sola enim voluntas, inquit, seruatur in fidei

L. Commodissimè. de lib. Et post.

L. penul. de lega. j.

fideicómißis. Et obtinuit ſententia Galli alienos quoque poſthumos legitimos nobis hæredes fieri. Quibus verbis ſignificat à poſthumo hærede inſtituto fideicómiſſum relinqui poſſe, vt etiam lib iiij. ſent. titu. de fideicomm. ſcribit. Controuerſia autem in eo erat, quia hic poſthumus alienus videbatur: & Galli cautio ad inſtitutiones tantùm, non autem ad legata & fideicómiſſa pertinere dicebatur: cùm ipſe ſua formula proſpexerit ne teſtamenta rumperentur. Præterea relictum erat in codicillis fideicommiſſum: vt ex inſcriptione huius capitis ex Pauli libro ſingulari de iure codicillorũ in Pandect. relati conſtat, in quibus neque dari, neque adimi hæreditas poteſt: cùm tamen Aquiliana conceptio ad hęreditatis dationem reſpiciat. His autem argumentis tacitè reſpondet Paulus. Cùm enim Galli ſentẽtia obtinuerit alienos quoque poſthumos, id eſt, qui teſtatori cum ipſe ſuprema ordinaret, ſui poſthumi non erant, ſed eos alij gradu & iure præcedebant, legitimos hęredes fieri poſſe, hoc eſt ex lege 12. tabu. quæ latißimam hæredes inſtituendi poteſtatem tribuit, nam & lege obuenire dicitur hæreditas, quam quis ex teſtamento accipit: conſequens eſt vt ab iis etiam relinqui fideicommiſſa poßint, quanuis ipſi iam inſti-

Titu. Inſt. de Codicil.

L. Lege obuenire. de verb. ſignif.

tuti ſint: cùm ſola voluntas ſeruetur in fideicō-miſsis. Itaque mihi nō placet alia lectio, A fratris poſthumo: cùm is nequeat teſtatori poſthumus ne quidem alienus dici, ſed omnino ſit extra virilem ipſius poteſtatem. Nam nepotis inſtituendi formulam edidit Gallus, nec vnquam de illo cauit, cui etiam inutiliter ante Iuſtiniani conſtitutionem legabatur. Quamobrem oſtendit Gallus qua cautione teſtatores poſthumos nepotes inſtituerent, quos tempore teſtamenti conceptos pater in iure ſui præcedebat. verùm mox ille: Deinde auus teſtator obiit. tum ipſi nati ſunt. Nam quod ad eos nepotes attinet, qui viuo teſtatore auo, ex filio poſt teſtamentum mortuo non tantum concepti, ſed etiam nati eſſent ſui: non exiſtimauit Gallus ſuam adeo neceſſariam eſſe cautionē: quia ſuperſtes auus teſtator qui iam natū nepotem filij locum tenere videt, nouum facilè teſtamētum ſcribere poſsit, in quo eum ipſum primo gradu inſtituat aut exhæredet. Sed cùm ſemper integrum non ſit teſtamentum mutare, Iulio Velleo placuit idem in iis qui viuo quidem teſtatore, ſed poſt teſtamentum nati eſſent, ſtatuere, quod in poſthumis induxerat Gallus: ideóque lex ab eo lata eſt, qua plenius proſpectum eſt conſeruationi teſtamētorum.

§. poſthumo. de legat. Inſt.

Eius

Eius autem duo ſunt capita: quorũ vno cautum eſt vt nondum nati nepotes inſtituantur, qui cum naſcerẽtur,ſui hæredes eſſent,locúmque filij obtinerent,ne præteriti teſtamentum rumpant. Itaque latiſsimam teſtatori omnes virilis ſexus qui eo viuo naſcituri ſunt ſui, inſtituẽdi poteſtatem tribuit. Alterum caput eò pertinet, vt ſi qui deſierint eſſe ſui, ſequẽtes in eorum locum ſuccedãt: ideóque ipſi ab initio hæredes inſtituantur vel exhæredentur: ne ſi omiſsi fuerint, rumpant teſtamentum. Et illi quidem licet propriè dici poſthumi non poſſint,ſic tamen poſthumorum loco habẽtur, vt poſt eos quaſi humatos qui priorem gradum obtinebant, nati quodãmodo videãtur: ideóque in ipſorum locũ ſuccedant. Nunc ad Scæuolam veniamus.

Ad principium capitis.

SCribit Scæuola Gallum hac formula poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxiſſe. Ita enim particulã ſic interpretor, vt ius aliquod nouum nõ inſtituiſſe Gallum, ſed ex legis 12, tabul.interpretatione hanc cautionem compoſuiſſe,ac edidiſſe intelligamus, qua teſtamentorum conſeruationi proſpiceret,quæ poſthumi nepotes præteriti naſcendo rumpebant:cũ

tamen facile & expeditum non esset ipsos hæredes scribere, formulæ verba refert iurisconsultus, quæ sic accipienda sunt, vt filij institutioné præcedere oporteat: quod is ipse admonet, & Africanus disertè testatur, cum Gallo Aquilio placuisse scribit filium & ex eo nepotem posthumum hæredes institui. Duo sunt igitur (vt Iuliano visum est) hęredum gradus: filius quidem institutus, nepos verò ipsi quodammodo substitutus. Nec enim huiusmodi nepotis institutio dici propriè substitutio potest. Decem autem mensium Gallus ideo meminit: quia post decem menses ab obitu mariti partus legitimus nascitur.

§. In omnibus. j.

L. Si mater. §. si filius. de vul. L. cùm in testam. de hæred. inst.

L. Intestato. §. Post decem. de suis & legit.

Ad §. j.

HAnc cautionem non ita fuisse à Gallo cõceptam existimo, vt si testator vel minima eius syllaba caderet, testamentum rumperetur: sed ipsam fuisse formulam qua testans in hæredibus scribendis cautior fieret: Ideóque illius interpretes eam multis modis ad consequentias produxerunt, vt hic noster Scæuola qui spectandum esse docet, non quid formulæ verbis cõtineatur, sed quis eius fuerit finis atque scopus. Sic enim ait: Quidam rectè admittendum credunt, etiã si non exprimat de morte

te filij, sed simpliciter instituat: vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi posit. Significat autem iurisconsultos quosdam existimasse rectè admittendũ quod scribit Gallus, vt eo casu valeat cautio, qui ex ipsius verbis concipi inducíque posit, etiamsi nullam formula mortis filij mentionem contineat, sed simpliciter nepos posthumus instituatur. Quanuis igitur mortem filij non exprimat testator, sed simpliciter dicat, Si ex filio meo nepos me mortuo nascatur: ipsius nepotis institutio ad Aquilianam formulam accommodata & cõcepta intelligetur.

Ad §. Idem credendum.

AQuilianam cautionem quæ tãtùm de nepote scripta erat, ad pronepotem extendit Scæuola, ęámque Galli mentem fuisse scribit. Tres autem huius productionis casus explicat. Quorum vnus est, cùm filius tempore testamẽti mortuus est, atque primum in iure sui locum nepos obtinet, vt pronepos ex eo post testatoris mortẽ nasciturus, suus rectè ex Galli formula instituatur. Alter casus est in specie diuersa, cum viuo adhuc tempore testamenti filio ex iam mortuo nepote qui prægnantem reliquit vxorẽ, cõceptus est pronepos, vt is post

filium & auum nasciturus instituatur. Tertius casus est, si filius & nepos viuant, atque filium testator instituat, nepotem prætereat, sed ex eo nasciturum pronepotem secundo loco hæredem scribat. Tum enim valebit institutio, totúmque testamentũ ratum erit, si prius nepos, deinde filius viuo adhuc testatore decedat, ne successione testamentum rumpatur. Diximus formulam Aquilianam filij institutionem ritè factam præsupponere, vt eam cautionis verba non significent, sed prius filium hæredem scribere oporteat, tum formulam concipere: Ideóque nepos his verbis institutus non censetur, Si filius & nepos me viuo moriatur, tũc qui pronepos nascetur, hæres esto. Ideóque si filius prior decederet: ipse in eius locum succedens, quia præteritus, testamentum rumperet. Et intelligendum quidem est inter filium iam natum & posthumum, quod ad præteritionẽ attinet, multum interesse. Natus enim præteritus, iniustum facit testamẽtum. Nam cùm inter cætera quæ ad testamenta ordinanda desiderantur, principale ius sit de filiis iam natis hæredibus instituendis vel exhæredandis: non potest valere testamentum quod contra ipsius iuris regulas factum est: vt ne illud quidem filio ante testatorem mortuo conualescere &

L. 3. de iniust. rupt. &c.

L. si filius. de lib. & posthu. §. j. Inst. titu. de exhær. libe.

redintegrari poſsit. Verùm poſthumus præteritus non reddit teſtamentũ nullum, ſed quaſi ſuſpendit interim dum naſcatur: & natus rumpit, ſi ſe exhæredatũ non inueniat. Itaq; etiam ſi viuo teſtatore natus decedat, nullus ex eo teſtamento hæres exiſtet. Id enim iuris ciuilis ſubtilitas exigit. Sed ea ſcrupuloſitate relicta Alexander imperator & diuus Adrianus (vt ab Vlpiano ſcriptũ eſt) humanitate quadam & benigna iuris interpretatione reſcripſerunt, vt ſi teſtamẽtum ſignatum fuerit, bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas accipere hæres ſcriptus poſsit, rémque obtineat: idcirco legatarij & fideicommiſſarij habeant ea quæ ſibi relicta ſunt. Idem & circa iniuſtũ & irritum teſtamentum dicendum eſſe Vlpianus ſcribit, ſi bonorum poſſeſsio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſsit. Quibus verbis eandem rupti, iniuſti, & irriti rationem habere videtur: cum tamen ſuperſtitem filium eodem iure cum poſthumo non cenſeri dixerimus. Eſt igitur diligenter notandum quòd ille venientes ab inteſtato hæredes nominatim dixerit. Nam ſi poſthumus præteritus ſit, omnes ſiue extranei ſiue legitimi ex Adriani & Alexandri impp. beneficio bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas acci-

l. Poſthumus. de iniuſt. rup. &c.

pient, modò iuris prætorij ſolennia in teſtamento non defuerint. Quòd ſi filius natus præteritus ſit: quanuis ab initio non valeat teſtamentum, nec eius morte confirmari poſsit, ex benigna tamen interpretatione receptum eſt vt ipſo ante teſtatorem mortuo, bonorum poſſeſsio ei detur qui rem ab inteſtato auferre poſsit: ideóque legata fideicommiſſa & libertates ab eo præſtentur. Quod & Papinianus in ea ſpecie oſtendit, in qua ex pluribus filiis in patris poteſtate conſtitutis vnus præteritus eſt. Si is enim bonis ſe patris abſtinuerit, licet iuris ſubtilitas refragari videatur, attamen teſtatoris voluntatem ex bono & æquo ſeruandam eſſe ſcribit. Diuerſitatis inter extraneos & legitimos ratio aperta eſt: quia cũ filio præterito teſtamentum inutile reddatur, ex eóque hæres ſcriptus adire hæreditatem nequeat, veniunt ab inteſtato legitimi hæredes: qui ſi à teſtatore inſtituti fuerint, nec filius eo tempore inueniatur quo ius & vim ſuam teſtamentum habet, id eſt cùm moritur teſtator: quanuis ſubtilitate iuris ex teſtamento ſuccedere non poſsint, æquum tamen viſum eſt vt ipſis bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas detur. Sed poſthumorum loco ſunt (inquit Caius) qui in ſui hæredis locũ ſuccedẽdo quaſi agnaſcen-

L. Filio præterito. de iniuſ. rup.

L. Poſthumorũ. de iniuſ. rup.

ſcendo fiunt parentibus ſui hæredes, vt in hac ſpecie in qua verſamur. Teſtator habebat filium,& ex eo nepotem: quia filius gradu præcedit,is ſolus iura ſui hæredis habet: ideóque ſi ante eum nepos decedat, non eſt quod teſtamentum rumpere poſsit. Verùm ſi prior decederet ipſe filius, hic nepos ſucceſsione teſtamẽtum rumperet, iuris quidem ſubtilitate, ad quam reſpexit Scæuola, ſed pronepoti vt cuiuis alteri ſcripto hæredi bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas (vt impp. placuit) daretur. Subiicit iuriſconſultus. Hunc tertium caſum ad eam ſpeciem produci in qua mortis tãtum filij non nepotis meminerat teſtator. *Verſic. & quid ſi tantum.*

Ad §. Quid ſi aquæ.

PRopoſita pro exemplo à Gallo formula, ex eius conſilio & mente ad ſimiles caſus producitur. Is enim cautionem ſuam in caſum tãtum mortis conceperat: verùm Scæuola poſthumi nepotis inſtitutionem eo etiam caſu qui ex verbis concipi poſsit, admittẽdam eſſe reſpondit, quanuis nullum in teſtamento de filij morte verbum eſſet. Quod nunc confirmat: Quid ſi aquæ & ignis interdictione peteretur? inquit. Nam eo caſu filius ab hæreditate reiicitur, & è rerum natura quodammo-

do ſublatus videtur: ideóque poſthumus nepos ſuus hæres naſciturus eſt. Tum ſubiicit, Quid ſi nepos ex quo ꝓnepos inſtitueretur vt oſtendimus, emancipatus eſſet? Quæ verba vt ſuperioribus cohæreant, ſic intelligi poſſe exiſtimo. Teſtator hæredem filium ſcripſit, nepotem emancipauit, & ex eo pronepotem inſtituit. Quid ſi filius decederet deportaretur ve, an pronepos rectè inſtitutus diceretur? Et teſtamentum quidem rumpendum videbatur, cum nepos præteritus eſſet. Hunc tamen caſum & ſimiles ex quibus ſuus hæres poſt mortem ſcilicet aui naſceretur, ad ſimilitudinem mortis admittendos eſſe ſcribit Scæuola, ídque ex ſententia legis Velleæ. Nam & Vlpianus filiam cum emancipatur, vel nepotem (quia vnà cum emancipatione exeunt de poteſtate) teſtamentum non rumpere reſpondit: & lex Vellea generalem & infinitam cautionem edidit, qua omnes caſus complectitur quibus quis ius ſui amittere, & de teſtatoris poteſtate exire poteſt. At ipſa de iam natis nepotibus, non de naſcituris proſpexit. Ideo non ex eius verbis, ſed ex ſententia hæc interpretatio admittitur. Itaque conſtat huc non pertinere quæſtionem quæ de caſu omiſſo agitatur, quam alio loco commodius a nobis expli-

l. Verũ eſt. de iniu. rup.

Lib. ij. Variæ. quæſtio.

ca-

catam non repetimus.

Ad §. Quid si is.

EQuidem vt hic locus intelligatur, cum superiori in quo de nepote emancipato dixit iurisconsultus, coniungendum esse arbitror: quod & totius interpretationis series indicat. Hoc enim ordine formulam Aquilianã producit Scæuola, vt sequens exemplum, proximi atque cõiuncti accesio quædam & appendi videatur. Huiusmodi est igitur species de qua disputat iuris consultus. Qui filium apud hostes habebat, testatus est, ipsúmq; hæredem scripsit: ex eo nepotem emancipauit, cuius vxor prægnans erat. Quare non induxit Gallus, vt si qui nasceretur pronepos antea quàm filius ab hostibus rediret, quanuis post mortem patris decederet tunc (cum scilicet pronepos nasceretur) deinde nepos (intellige decederet) vel etiam filio in hostium potestate constituto, & nepote emancipato adhuc viuentibus, post mortem scilicet testatoris (quem patrem filij ratione ex quo cæteri descendunt appellauit) is testamentũ non rumperet? id est, quare formulam non edidit Gallus qua testator qui filium apud hostes habebat, & nepotẽ emãcipauerat, prospicere posset vt posthumus

pronepos hæres ſcriberetur, ne omiſſus teſtamentum rumperet? Nam ſiue naſcatur filio & nepote poſt teſtatoris obitum mortuis, ſiue illis adhuc viuis: eum nemo in iure ſui præcedit. Nam filij apud hoſtes viuentis ius pendet, nec vllum gradum habere videtur. Nepos autem emancipatus non rumpit (vt diximus) teſtamentum in quo præteritus eſt. Quòd ſi iam vterque deceſſerit, hic ipſe pronepos ſuus naſciturus eſt: ideóque agnoſcendo teſtamentum rũpet. Verùm quia lex Vellea ad regulã & rationem Galli ſeſe accõmodans, multos rumpendi caſus abſtulit: eius argumẽto receptum eſſe ait Scæuola, vt ad hunc etiã caſum Aquiliana cautio produci poſsit, adeò vt generaliter cautum intelligatur nepotẽ de quo ea ſcripta eſt, & pronepotem, cæteróſque deinceps quibuſcunque caſibus inſtitui poſſe, quibus poſt teſtatoris mortem naſcerentur ſui, rumperéntque præteriti, atque etiam ſi teſtator verbis generalibus formulam ita cõciperet: Quicunque poſt mortem meam natus ſuus fuerit, hæres eſto. Itaque non omnino Pandectarum Florentinarum lectionem ſequor: neque aui, ſed qui, cũ Haloandro legendũ ſentio. Nam & in vetuſtis aliis codicibus ita ſcribitur, & hæc lectio ad Scæuolæ ſententiam propius accedit.

L. Si quis. de hered. inst.

Ad

Ad Versic. Et melius est.

EX hoc loco constat legem interpretationē produci posse: cúmq; ea vnum casum expresśit, ad alios in quibus eadem ratio eadémque vtilitas versatur, extendi: non autem testatoris prouisionem quæ vnum casum complectitur, ad cæteros omissos produci. Cur enim tot exemplis Scæuola Aquilianā formulam ex legis Velleæ sentētia illustraret, ex eáque Gallum non de morte tantùm sed de cæteris etiam omnibus casibus sensisse ostenderet, si testatorum voluntas facilè extenderetur? Et ipsa quidem testamentorum interpretatio non nisi ex cōiecturis admittitur, si quidem ipsum testatorem de casu omisso cogitasse, cúmque sub expresso intellexisse constet: vel si alterum duntaxat casum expresserit, quia is solus eius animo obuersabatur, neque aliud euenturum existimabat, idem tamen alioqui de altero dicturus si de eo cogitasset. L. vlt. C. de posth. here. L. Titius. § Lucius. supra eod. L. Mulier quæ duobus. Ad S. C. Trebellia.

Ad §. Si eius qui filium.

CVm Aquilianæ formulæ quæ lege Vellea antiquior est, ipsiúsque legis cautio eò pertineat, ne testamenta rumpantur: nihil refert quo iure posthumi institutio valeat, modò

ea teſtamentum conſeruet. Ideóque ſi eius qui filium habeat, & nepotem poſthumum ex eo inſtituat, nurus prægnans ab hoſtibus capta ſit, ibíque viuo auo pariat, mox ille poſt patris & aui obitum redeat, nihil refert an ex iure antiquo ex quo formula Aquiliana concepta eſt, an ex lege Vellea teſtamentũ non rumpat. Quod etiam obſeruatur ſi iam mortuo filio pronepos ex vxore prægnante quæ capta erat ab hoſtibus, inſtituatur: isque mortuo teſtatore redeat. Verùm Scæuola in hac poſteriori ſpecie nepotis ideo non meminit, quia cùm tempore teſtamenti mortuus eſſe filius dicatur, atque ita eius locum tenere nepotem conſtet: idem ius quod ad filium pertinet, ad nepotem refertur. Huius autẽ dubitationis cauſa ex ſuperioribus facilè colligitur.

Ad. §. forſitan addubitet quis.

EQuidem Haloandri lectionem ſequutus, eum huius loci ſenſum eſſe arbitror. Cũ ſuam formulam in caſum mortis Gallus conceperit, & de poſthumo poſt teſtatoris mortem naſcituro egerit, forſitan addubitare quis poterit, ſi iſtis caſibus quos Scæuola Aquilianæ formulæ interpres explicat, nepos poſt teſtamentum naſcatur viuo patre ſuo, deinde ex

eo concipiatur is qui ſcilicet mortuo patre ſuo qui ipſe eſt nepos, deinde auo, naſcatur: an non potuerit hæres inſtitui, quia pater ipſius non rectè inſtitutus eſſet ex Galli conſilio. Quod minimè eſt expaueſcendum. hic enim pronepos ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem naſcitur, atque ita ipſe rectè poſthumus dicitur: eiúſque inſtitutio ad Aquilianam formulam pertinet. Sed quia difficilis eſt hic locus, cum exemplo illuſtrare ſtatui. Quidam filium habens, & ex eo nondum natum nepotem, generalibus verbis quencunque ſibi poſt mortem naſciturum ſuum hæredẽ inſtituit. Mox eo viuo nepos naſcitur, qui rectè non videtur inſtitutus, quia is caſus teſtamento comprehenſus non eſt: & cum ex Galli cautione teſtatus ſit auus, de eo caſu omiſſo cogitaſſe nõ videtur. Deinde ex eo nepote conceptus eſt is qui prius mortuo patre ſuo, ſcilicet nepote, deinde auo (qui ipſe quidem non eſt teſtator, ſed eius filius, pronepotis auus) natus eſt, mortuo nempe proauo teſtatore, quem eo tempore deceſsiſſe quo naſcitur poſthumus, formula Aquiliana requirit. Quæri poteſt an hoc caſu hæres inſtitutus videatur pronepos: & reſpondet Scæuola eum ritè hæredem ſcriptum eſſe: quia ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem na-

L. Commodiſsimè. de lib. et poſt.

ſcitur. Quæ duo neceſſaria ſunt vt poſthumus ex Galli conſilio inſtitutus hæres teſtatori ſuccedat. Scripſit autem iuriſconſultus nepotem prius, deinde filium decedere oportere, ne ſucceſsione teſtamentum rumperetur. hanc interpretationem ſuadet quod ipſe ſubiicit, quia pater ipſius non rectè inſtitutus eſſet. ex eo enim colligitur, hîc patrem nepotem dici: vt cum de ipſo nepote loquitur, patrem nepotem intelligit.

Ad verſ. Ergo & ſic.

ERgo & ſic pronepos qui natus erat ex nepote poſtea viuo filio, admittetur, atque ſi ex eo natus eſſet, aut adoptatus (ſic enim manuſcripti codices habent) admittetur. Quibus verbis indicat Scęuola ex ſuperioribus id colligi poſſe, vt ſi pronepos natus erit ex nepote & filio præmortuis, ſed prius defuncto nepote poſt quem filius adhuc vixit, eum ita admitti, atque ſi ex ipſo filio natus eſſet, aut adoptatus in locum nepotis.

Ad §. in omnibus.

SVbiicit Scæuola quod in hac quæſtione pręcipuum eſt, quodq; in ordinandis teſtamentis

mentis maximè requiritur, nempe vt filius qui eſt in poteſtate, primo gradu & loco ex aliqua ſaltem parte inſtituatur, ſiue purè, ſiue ea ſub conditione, quæ in eius ſit poteſtate. Alioqui enim eo præterito nullum eſſet teſtamentum: neque hîc ſatis eſſet eum nominatim exhęredare. Nam eius exhæredatio hoc caſu nõ poſſet in vita confirmari. Nemo enim eo viuo eſt hæres qui adeat hęreditatem: quod eſſet ad confirmandam exhæredationem neceſſe. Sic etiam dictum eſt non valere teſtamentum in quo ita ſcriptum ſit, Titius poſt mortem filij hęres eſto, filius verò exhæres eſto, quia hic filius non niſi poſt mortem ſuam exhæredatus intelligi poſſet. Admonet autem iuriſcõſultus hoc caſu eum duntaxat filium inſtituendùm eſſe, qui eſt in poteſtate, quíque cęteros in iure ſui præcedit: non etiam eum qui apud hoſtes eſt, ſaltẽ ſi apud eos moriatur. Tum enim non obeſſe eius præteritionem conſtat. Tametſi nocere poſſet ſi ab hoſtibus reuerteretur, nepotem quoque ac pronepotem inſtituere adeò neceſſarium non videtur: quia præteriri poſſunt, ſi vt dictum eſt præmoriantur: ne ſucceſsione teſtamentum rumpant: ſufficítque liberos eorum hæredes ſcribere.

L. Filiũ. §. ſed cum. de bon. poſſ. cõtra tabu.

L. Si ita ſcriptũ. §. vlt. hoc titu.

L. penul. hoc titu.

L. Si quis filio. §. ſed ſi pater. de inıuſt. rup.

De lege Vellea.

NVnc quæ propria ſint legis Velleæ capita, tractat iuriscõſultus: illorúmque vno cautum eſſe ſcribit, vt eius etiam agnatione non rumpatur teſtamentum, qui ante teſtatoris mortem naſcitur: ideóque ipſum teſtamenti tempore conceptum vel hæredem inſtituere vel exhæredare neceſſe ſit: quod ad eum non tantum pertinet, qui ex præmortuo filio conceptus à teſtatore inſtituitur, verùm etiam ad eum qui an ſuus hæres naſciturus ſit dubitatur: cùm filius qui teſtamenti tempore viuit, eum in iure ſui præcedat. Si igitur nepos eo modo inſtitutus ſit, quo Gallus inſtitui poſthumum induxit, teſtamentum non rumpet: cum vt quis ſuus hæres naſcatur, non faciendi teſtamenti, ſed quo naſcitur, tempus obſeruari debet: ita vt ſiue illo, ſiue alio quocunque tempore agnaſceretur, ex verbis legis rumpere teſtamẽtum non intelligeretur. Alterum legis Velleæ caput generaliter conſtituit, vt ſi quis ſuus hæres eſſe deſierit, in eius locum ſequentes ſuccedant, qua ſucceſsione ſui agnaſcantur. Ideóq; inſtitui vel exhæredari debeât, ne præteriti rumpant teſtamẽtum. Huius capitis verba ad omnes caſus pertinent quorum

in

in Aquilianæ formulæ tractatu mentio facta est: vt locum illud habeat siue morte, siue deportatione, siue emancipatione, siue quo alio modo quis suus esse desierit. Adiecit autem Scęuola locum quoq; habere posse siue prior decedat nepos, deinde filius: siue contrà post filium testatoris mortuum nepos vel hęres institutus, vel nominatim exhæredatus suus esse desierit, vt tum successione pronepos sui iura năciscatur. Addit deinde Scæuola, quod ex iis quæ supra dicta sunt, intelligi potest, vt si quis ex filio ab hostibus capto nepotem instituat, ibíque filius post testatoris mortem decedat: ex captiuitatis tempore à quo mortuus fingitur, is suus esse desierit, proptereáque nepos in eius locum successerit.

Ad §. Ille casus in difficili est.

CVm priori capite de eo hærede scribendo qui post testamentum nascitur suus, cauerit lex Vellea, posteriori autem non de instituendo succedēte in locum sui hæredis egerit, sed per eum successione testamentum rumpi vetuerit, qui testamenti quidem tempore suus non nasceretur, verùm postea in eius locũ qui suus esse desiisset, succederet: quid de iis dicendum videretur, qui testamenti tempore conce

pti à teſtatore inſtituuntur, iique non naſcuntur ſui filio adhuc viuo, ſed poſtea filio ante teſtatorem mortuo ſui hæredes fiunt, dubitatum eſt an vtiliter ſint inſtituti, ne rumpant teſtamẽtum: quod neutrius capitis iure præcedere poterat. Iuliano tamen placuit duobus quaſi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne omiſsi teſtamentum rumperent per legem Velleam, per quam non inſtituti, aut nominatim non exhæredati rumpere poſſent. Sed cùm ex Iuliani ſententia receptum ſit nepotem rectè ita inſtitutum eſſe, ipſúmque teſtamentum non rumpere, exiſtimat Scæuola eum emancipatum ſpontè adire poſſe hæreditatem, cùm emancipatio efficiat vt non ſit ſuus & neceſſarius hæres, ſed voluntarius. Nepotem verò emãcipatum intelligere oportet poſt filij mortem, ſic vt aliquo tempore ſuus fuerit, & in filij locum ſucceſſerit.

Explicatio cuiuſdam capitis 12. tabu. de ritu nuptiarum. *Cap. 16.*

VArios fuiſſe in antiqua Roma contrahendarum nuptiarum ritus nõ ignorant, qui vetera monumenta ſtudioſè perquirunt. At ego illos omnes quia alio loco enarraui, nunc explicare non ſtatui, ſed aliquod legis 12. Tab.

capur,

caput, in cuius restitutione elaborarũt pleriq;. hoc autem ipsum est, vt ex Gellio collegi. Si per trinoctium vxor à viro abfuerit, eam vir vsurpato. Et intelligẽdum quidem est, vt quid eo cautum sit cognoscatur, obseruatum à veteribus Romanis fuisse, vt viris darentur vsui vxores: quia qui filias in potestate habebãt, nolebant eo iure priuari. Quod cùm maritis graue esset, legis 12. tabu. subtilitas introduxit, vt si vxor quæ integro ferè anno apud virũ fuerat, per trinoctium abfuisset, eam maritus vsurparet, id est suam faceret, & re ipsa atque (vt ita loquar) de facto caperet. Sic enim veteres hoc verbo vsurpare vsos fuisse video. M. Tul. Cicero lib. de Orat. 3. Etiam hac vtimur in instituendo diuisione, sed ita, vt non iure aut iudicio, non denique vt recuperare amissam possessionem, sed ex iure ciuili surculo defringẽdo vsurpare videantur. Idem ipse in Verrem: Tot annis pòst, iure imperij nostri quotannis vsurpato, ac semper retento. Verisimile est certè hac lege & conditione suas filias spopondisse veteres, vt ex sua familia & potestate nõ exirent, sed viris vsui essent. Magna verò legis 12. tab. subtilitas fuit, quæ ne solũ in iis perpetuò vsum haberẽt mariti, ipsis permisit illas apprehendere, suásque facere, si trinoctio quo abesse Lib. 3. ca. 2.

ſine nota poterant, virorum ſocietatem quaſi ipſorum vſum interrumpentes relinquerent. Et hæc quidē interpretatio, Gellij verbis quæ ſubieci, optimè cōuenit, Quid Q. Mutius ſcri pſerit ſuper ea quam maritus non iure vſurpauiſſet, quòd rationem ciuilis anni non habue-
» rit. Q. quoq; Mutium Iuriſconſultum dicere
» ſolitum legi, nō eſſe vſurpatam mulierem, quæ
» cùm Calendis Ianuariis apud virum cauſa ma
» trimonij eſſe cœpiſſet, ante diem quartum ca-
» lendas Ianuarias ſequentes vſurpatū iſſet. non
» enim poſſe impleri trinoctium quod abeſſe à
» viro vſurpandi cauſa ex xij. tabulis deberet:
» quoniā tertiæ noctis poſteriores ſex horę alte-
» rius anni eſſent, qui inciperet ex Calēdis. Hæc eſt Gellij diſputatio, quę ſatis indicat ſcriptum à Decēuiris, caput fuiſſe, & in xij. tabularū relatum, idem verbis aut certè ſententia cum eo quod ipſe propoſui.

Conciliatio l.j. C. de promiſſ. dot. & l. Cùm poſt. §. Gener. de iur. dot. Cap. 17.



Os multis modis cōſtituitur: conuentione, acceptilatione, ſtipulatione. Conuentionem intelligo nudā, quæ nulla ſtipulatione cōfirmatur. Eſt autem in dote ſpeciale, vt ipſa nudo pacto conſtituatur, cùm ex eo dari actio non ſoleat,

L. ad exactionem. C. de dot. prom.

Hoc

Hoc illud est quod dixere veteres dotem dicere aut promittere. author Vlpiani epitomæ. Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dicere dotem est (iudicio meo) sine vlla stipulatione dare: promittere, id est per stipulationẽ. Caius in Institutionibus, licet ex nuda pactione non nascatur obligatio, inquit, si tamen mulier dicat dotẽ, obligatur. Idẽ in Cod. Theod. titu. de incest. nup. Magna verò & difficilis est controuersia, si promissio certam quãtitatem non contineat, sed simpliciter concepta sit, an valeat. Sic enim Alexander Seuerus rescripsit: *Tit. de dot. & tit. de tut.*

„ Frustra existimas actionem tibi competere,
„ quasi promissa dos tibi, nec præstita sit: cùm
„ neque species vlla, neque quantitas promissa
„ sit: sed hactenus nuptiali instrumento adscri-
„ ptum sit, quòd ea quæ nubebat, dotem dare
„ promiserit. Papinianus autem, Gener à soce-
„ ro (inquit) dotem arbitratu soceri certo die
„ dari, non demonstrata re vel quantitate, stipu-
„ latus fuerat. Arbitrio quoque detracto stipu-
„ lationẽ valere placuit: nec videri simile quòd
„ fundo non demonstrato nullum esse legatum
„ vel stipulationem fundi constaret: cùm inter
„ modum constituendæ dotis & corpus ignotũ
„ differentia magna sit. Dotis enim quantitas
„ pro modo facultatum constitui potest. In his

conciliandis legibus insudāt Doctores, atque tandem ad cōmentitias quasdam regulas confugiunt: verùm eleganter Francisc. Duarenus eorum opinionem refellit, disertè ostendens promissionem in Alexandri cōstitutione pro nudo pacto non accipi. Itaque dissoluendi huius nodi causa notādum esse scribit, si dos simpliciter promissa fuerit, multū interesse an ipsa mulier promiserit, an pater eius nomine. Priore siquidem casu nulla est promissio, propter incertitudinem, vt Alexāder rescripsit. Posteriori autem casu promissio dotis vtilis est, ex Papiniani sententia. Sed huius differētiæ ratio nulla est: quia generaliter dicitur dotem pro modo facultatum cōstitui, siue à patre, siue ab ipsa muliere: sempérque intelligitur ea quantitas quam dignitas mariti, & opum dotem cō stituentis ratio exigit. Ego igitur ex ipsis iureconsulti & Imperatoris verbis has leges in consonantiam ita reduci posse arbitror, vt non intersit siue pactum, siue stipulatio intercedat, siue pater, siue extraneus, siue vxor ipsa promittat. Sed Papinianum interpretor in ea specie, in qua socer quātitatem vel speciem aliquā promiserat, sed eam non definitam, verùm suo arbitratu definiendā, siue ipse sit in stipulando arbitratus, siue arbitrium suū non expresserit.

Lib. j. Disp. anniuer. cap. lvj.

Qua

Qua in ſpecie cùm huiuſmodi arbitrium boni & diligentis patrisfamilias intelligatur, definita dos pro modo facultatũ videtur. Quòd ſi ſimpliciter dotẽ promiſiſſet quis, non ſpecie aut quantitate adiecta, non dico expreſſa, inutilis eſt quæ ex hac promiſsione intenditur actio, quòd tantum dos ſit promiſſa, non autem definita. Ideóque vel minimum dotis nomine ſocer genero ſoluet, vel alius quis dotis promiſſor: vt Alexander reſcripſit.

Ad.§.Si in iudicio.l.Ex diuerſo Soluto matrimonio. *Cap.* 18.



Cribit Paulus, Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapſus cõdemnauerit maritũ in ſolidũ: Neratius & Sabinus doli exceptione vti oportere aiunt, eáque tutũ fore. Sed videtur inutilis hæc exceptio, cum huiuſmodi ſententia ipſo iure nulla ſit, vt Alexander reſcripſit. Et certè non multum diuerſa eſt vtriuſque ſpeciei ratio. hic enim ait: Si cum inter te & auiã defuncti quæſtio de ſucceſsione eſſet, iudex datus à præſide pronunciauit potuiſſe defunctum & minorem quatuordecim annis teſtamentum facere, ac per hoc auiam potiorem eſſe: ſenten- L.2.c. *Quan. prouo. non eſt neceſſe.*

„ tiam eius contra tam manifesti iuris formam „ datam, nullas habere vires palam est: & ideo „ in hac specie nec prouocationis auxilium necessarium fuit. Vulgus interpretum existimat distinguendum esse inter expressum iuris errorem, & non manifestum. Quod an verũ sit, dubito. nec enim verisimile est adeò stupidum iudicem inueniri, qui expresse cõtra ius ipsum pronunciet. Eius tamẽ ignorantiã ex eo quod in iudicium deductum est, constare, manifestámque fieri sentio. Et hæc quidem nulla est ipso iure sentẽtia, ideóque rescinditur omnino, etiam si non interiiciatur appellatio. Quòd si ex causa iudicati velit agere is qui obtinuit, doli exceptione vtetur condemnatus. Ideo enim dolo malo facit ille, quia ex nulla & inutili sententia agit. Et ea quidem exceptio virum in hac specie tuebitur, ne executioni mandetur sententia, effectúmque aliquem sortiatur,

An ex pacto nudo nascatur naturalis obligatio. *Cap. 19.*



Actum nudum iurisconsulti appellant, quod conuentionem pactionémque solam habet, nullam verò causam ex qua nasci obligatio pos-

ſit. Et omnes quidem cõuentiones ex quibus non contrahitur συνάλλαγμα, nudæ videntur. Primis enim hominibus qui contractus inſtituerunt, eas tantum pactiones ad commercia pertinere, in quibus quædam quaſi commutatio & vltro citróque obligatio verſaretur, placuit: cæteras autem ſolas, & omnibus quodammodo viribus deſtitutas relinquere viſum eſt. Cum autem plerunque ipſis cõtractibus pacta velut conditiones adiicerentur, nec iis facilè ſtandum quiſque exiſtimaret: ea neque dolo malo neque aduerſus leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cuique eorum fiat, facta, ſeruaturum ſe, id eſt eam vim quam ipſis contrahentes dederint, conſeruaturum edicit Prætor. Et certè ex Vlpiani aliorúmque iuriſconſultorum ad edictum prætoris interpretatione conſtat non omnes leuiter & temere fortaſsis effutitas pactiones tueri prætorem, ſed eas quæ vel à contractu cui inſunt, vel à ſtipulatione quæ ipſis ſubiicitur, vel à traditione ſumunt effectum, quem magiſtratus extingui non permittit. Quod non ſolum de actione, verum etiam de exceptione intelligendum ſentio. Nam & pactũ quod ad exceptio-

L. Iuriſgentium. l. Diuiſionis placitum. l. in traditionibus. & ſim. de pact. l. pacta conuenta de contrah. empt. l. in his. § . imperator. de ſolut. Paul. lib. 2. recep. ſentẽ. ti. 23.

nẽ prodeſt, quanuis extra contractus naturã ex interuallo adiiciatur, illud tamen ad cõtractum pertinet, eúmque licet non ipſo iure, ope tamen exceptionis mutat, & quodammodo format. Ex his vtcunque intelligi poteſt quid de pacti viribus iudicem. Quanuis enim inter doctos iuris interpretes quæratur, an ex pacto nudo naſcatur naturalis obligatio, atque eorũ quiſque ſuam ſententiam probabili ratione confirmet, vt audax fortè videar ſi hanc controuerſiam dirimere velim: dicam tamẽ quod ſentio. liberum enim eſt cuique ſuam opinionem in re præſertim dubia exponere. Franciſcus Duarenus primus ætatis noſtræ iuriſconſultus, ex omni pactione quamlibet nuda & ſimplici naturalem naſci obligationem exiſtimat: quod pleroſque alios ſenſiſſe ſcribit. Alij verò de iuriſprudentia benè etiam meriti, cõtrariam omnino ſentẽtiam ſequuntur ac probant. Ego verò primum in hac quæſtione obſeruandum arbitror, quo iure naturalis obligatio introducta ſit. qua de re cum alio loco dixerim, atque non ex vetuſtiori naturali iure, ſed ex eo ipſo quod naturalis ratio inter omnes gentes conſtituit, deſcendere probauerim, quãuis diſſentiat Duarenus noſter, non eſt ea diſputatio pluribus tractanda. Itaque an iure

gen-

gentium introducta sit naturalis obligatio, videndum est quid eo iure vinculi proditum sit. Equidem vt ex Caio aliísque iurisconsultis ostendi, naturali ratione cui hominum accessit consensus, quicquid ipsum est quod iuri gentium tribuitur, constitutum esse opinor. Naturalis autem ratio omnem omnino conuentioné temerè & leuiter factam nō probat, sed ad æquitatem ipsam exigit, vt promissorem si æquū iustúmque videatur, obliget: ideóque eleganter Paulus scribit, naturalem obligationem solo æquitatis vinculo sustineri. Et hæc sanè pactio quæ nuda est, nullam omnino obligationē parit. ob id enim nuda dicitur, quòd eo effectu careat, quem cæteræ iuris gentium conuentiones habent: vt disertè Vlpianus noster explicat. Itaque nō ex ipso pacto naturalis nascitur obligatio, sed ex æquitate, quę sola vincit & obligat paciscētes. Ita verò obligat, vt ij nō solùm honestate & pudore naturali, sed etiā iure ipso, id est ea vi quam aliæ iuris gentium conuentiones (qui contractus appellantur) habent, teneantur. Itaque Duareni sententia mihi non placet, qui ex qualibet simplici pactione naturalem nasci obligationem existimat. Sed nec vera eorum videtur opinio, qui harum conuentionum aliquam dunta-

L. Stichum aut Pamphilum. §. Naturalis. de solution.

d.l. iuris gē.

xat fuiſſe iure naturali nō obligationem quidem ſed honeſtatem, quæ iis de rebus eſsent, quas præſtandas eſſe æquitas iubet, ſentiunt. Conſtat enim quod Vlpianus nullam naſci obligationem dicit, de naturali quoque intelligendum eſſe. Nam de iùris gentium conuentionibus loquitur, ex quibus proditæ obligationes naturales tantùm appellãtur: certo autem aliquo iure ciuili confirmatæ, ciuiles vel legitimæ dicuntur. Si quod autem ex iis pactis vinculum æquitas producit, naturalem appellari obligationem ex Paulo retulimus. Quare Vlpia. huius edicti æquitatem naturalem eſſe ſcribit, id eſt, Prætorem in hoc edicto proponẽdo æquitatem naturalem ſequutum fuiſſe. Nihil enim tam congruum eſt humanæ fidei, quàm ea quæ inter eos placuerunt, ſeruare. hanc verò fidem ipſa moderatur æquitas, naturaliſque ratio: cum promiſſa minimè ſeruãda ſint ea, quæ nihil aut parũ vtilitatis adferre poſsĩt iis quibus promiſeris: nec ſi tibi plus noceant quã illi proſint cui promiſeris: vt docet M. Tullius Cicero lib. j. officio. & Paulus eum dicit natura debere, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſequuti ſumus: id eſt cui ita credidimus, vt ipſum conſtanter & verè ea dare, facere oporteat, quibus ſoluendis iure gẽtium

L. Legitima. de pact.

Titu. de obligat. inſtitu. lib. 3.

L. Cũ amplius. de re. gu. iur.

tium adſtrictus eſt. Non autem temerè nunc naturam, nunc ius gentiũ ait Paulus. his enim verbis ſignificat, obligationem ex gentium cõ ſenſu introductã, non tantũ eo iure, ſed etiam naturali ratione, quę eius inſtituẽdi cauſa fuit, valere: vt ille ipſe iuriſconſultus non ſolũ contractus, ſed alias quoque pactiones ex quibus natura debitorẽ cõſtituit, intelligat. Et certè vt vno verbo dicam, in naturali obligatione non modò quid in cõſuetudinẽ venerit, ab ipſiſque gẽtibus obſeruari ſoleat, ſed quid ipſa æquitas iubeat, ſpectandũ eſt: quemadmodũ in pupilli obligatione dicimus. Nã eum cõtrahẽdi incapacem mutuam pecuniam ſine tutoris authoritate accipiẽdo ne iure quidem naturali obligari Calliſtratus reſpondit. Põponius verò ex mutua pecunia ipſum naturaliter obligari dixit: & à Paulo Neratius diſsẽtire videtur. Eorũ autẽ aliorúmq; iuriſconſultorũ qui ea de re ſcripſerũt, ſentẽtias æquitatis regula facilè cõciliabimus. Siquidẽ locupletior ſit factus alterius iactura pupillus, ipſum alterius incõmodo ſuum augere commodum, contra æquitatem naturalem eſſe nemo dubitat: aut certè ſi nullum ex huiuſmodi obligatione detrimentum ſentire poſsit, non eſſe iniquum nullus ignorat, aliquem ipſi obligationi effectum tri-

L. Pupillus. de obligat. & act.
L. Creditore. de iure iur.
L. Naturaliter. l. Quod pupillus. de condict. indebit.
L. Natura. de cond. indeb. & Cic. lib. 3. offic.
L. fideiuſſor. de fideiuſſo.
l. j. de noua.

buere, maximè cum id iuris humana societas exigat. Si verò simpliciter promittat pupillus, aut ita contrahat, vt sibi nocere posit si ad soluendum cogatur: iniquum minúsque naturæ congruum esse constat ipsum iudicij expertem obligari, damnúmque ex sua infirmitate pati. Eadem ratione obligatio illa qua ad renuntiationem tenemur, naturalis appellatur. æquum enim & honestum est acceptum beneficium reddere.

L. Sed et si. de pet. hæred.

Conciliatio. l. Rem alienã. de pign. actione, & l. Si Titio. de pignoribus. Cap. 20.



Vllas esse in Pãdectis ãtinomias rescribit Iustinianus imperator: cuius sanctio multorũ ingenia in conciliandis legibus quæ pugnare videntur, exercuit. Sed quantum illi studiosis adiumenti attulerint, aliorum sit iudicium. Mihi quidem in horum capitum explicatione, inutilis eorum labor videtur. Sed vt de iis quid sentiam, quisque intel-
„ ligat, iurisconsulti verba subieci: Papinianus,
„ rem alienam (inquit) pignori dedisti: deinde
„ rei eius dominus esse cœpisti. Datur vtilis a-
„ ctio pignoratitia creditori. Non est idem dicẽ-
„ dum, si ego Titio qui rem meam obligauerat
sine

» ſine mea voluntate, hæres extitero. hoc enim
» modo pignoris perſecutio concedenda non
» eſt creditori. Nec vtique ſufficiat ad competē-
» dam vtilem pignoratitiam actionem, eundem
» eſſe dominum qui etiam pecuniam debet. Sed
» ſi conueniſſet de pignore, vt ex ſuo menda-
» cio arguatur, improbè reſiſtit quo minus vti-
lis actio moueatur. Hîc diſertè Papinianus no
ſter diſtinguit inter eum debitorem cuius factum interuenit, id eſt qui ipſe rem alienam pignori dedit, & poſtea eius dominium nactus eſt: & eum qui nullam iniit obligationem, nihílque pollicitus eſt. nec enim ſatis eſt vt conualeſcat pignus, eundem eſſe dominum & debitorem, ſed præterea requiritur eundem eſſe qui pignus contraxit. Videtur autem in hoc poſteriori caſu aliud ſenſiſſe Modeſtinus, ait
» enim: Si Titio qui rem meam ignorãte me pi-
» gnori creditori ſuo obligauerit, hæres extite-
» ro: ex poſt facto pignus directò quidem non
» cõualeſcit, ſed vtilis pignoratitia dabitur credi
tori. Vulgus interpretũ pignoratitiã actionem apud Modeſtinum explicat contrariam, nõ vt rem iure pignoris creditor vindicet, ſed vt id quod ſua intereſt conſequatur, quæ ſententia abſurda, & à iureconſulti mente aliena videtur. Ipſe enim dicit directò pignus nõ conua-

lescere, sed vtilē pignoratitiam dari. Quibus verbis ostendit non directam iure pignoris competere actionem, sed vtilē, quæ ex æquitate datur. Quis autem ignarus parúmque adeo in iurisconsultorum libris versatus est, qui contrariam dici vtilem actionem existimet? Superfluum est igitur & alienum quod ad inuadam scholasticorum Doctorum opinionem à nonnullis adiicitur, qui vim contrariæ actionis ad pignoris vindicationem extendunt. Equidem existimo ita Papinianum Modestino conciliari posse, si eorum scripta subtiliter conferantur. Ait enim ille, debitoris hæredem pignoratitia ex defuncti contractu actione non teneri, quanuis ipse sit rei obligatæ dominus. Quòd si hæres ipse de pignore conuenisset, id est pactus cum creditore aliquo modo fuisset, adeò vt si pignus deneget, ex suo mendacio arguatur: improbè resistit quo minus vtilis in eum detur actio: atque ex hoc postfacto, vt ait Modestinus, pignus directò quidem non conualescit, sed vtilis pignoratitia dabitur creditori. Nec enim ipse fuit hæres qui pignus contraxit, sed defunctus, qui nullum ius in re obligata habebat.

Variarum iuris antinomiarum dissolutiones. *Cap.* 21.



Ouit me præcedens disputatio vt alias iuris antinomias inquirerem, eásque breuiter explicarem. Et in secunda quidem Digestorum parte difficilem quandam legum contrarietatem à Budæo nostro notatam inueni. Ea autem est duorum Vlpiani responsorum. Scribit enim ipse lib. xviij. ad Sabinum, fructum sine vsu esse non posse. libro autem lxxix. ad edictum, doli mali stipulationem locum habere, etiam si fructus sine vsu obtigerit. Sunt qui reiectis aliorum commentis fructum hîc certum fructum annuum interpretentur: sed illi (mea sententia) falluntur. Nihil enim interest (vt ipse Vlpianus ait) an vsusfructus, an verò fructus relinquatur. Ego vt iuris consultum sibi ipsi conciliem, hæc verba, Et si fructus sine vsu obtigerit, sic intelligenda esse existimo, id est, etiam si fructus sine vsu relictus sit, hoc est simpliciter fructus legatus sit, non autem vsumfructum testator dixerit, stipulatio locum habebit. Non dicit Vlpianus sine vsu fructum esse posse, sed ita fingit obtigisse. Alia est in vsusfructus quæstione Vlpiani & Neratij dissensio. Ait

Cõcil. l. Per seruũ. de vsu & habita. Et l. hac stipulatione Vsuf. quẽad. caue.

Concili. l. Si cuius rei. & l. vsufructuarius. De vsufru.

enim ille ædificium positurum in fundo fructuarium, si ad fructum percipiẽdum necessarium sit: hic verò ædificium inchoatum fructuarium consummare nõ posse scribit, etiã si eo loco aliter vti nõ possit. Sed facilis est dissolutio, quia licet fructuario ipsos fructus colligere, atq; ideo ædificare, si aliter fructus percipere non possit. Verũ ei non cõceditur, vt si in alio loco colligere fructus possit, ædificet, aut inchoatũ ædificiũ perficiat: quãuis eo loco aliter vti nõ possit. Difficilior est antinomia cap. xlv. tit. de vsucap. & vsurpa. quod ex libris Papiniani in Pãdec. relatum est: & cap. vij. de diuer. temp. præscript. &c. quod Modestino tribuitur. Ait ille præscriptionem longæ possessionis ad loca iuris gentium publica obtinenda concedi nõ solere: velut si quis quòd in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodẽ iure prohibeat. Modestinus verò sic scribit: si quisquam in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodẽ iure vti prohibet. Hæc responsa cum adeo contraria viderẽt interpretes, confugerunt ad coniecturas alij, ad textus correctiones alij: sed omnes (mea sententia) delirant. Equidem ne longior videar, ita breuiter hanc contrarietatem dissoluo: atq; quod

Concili. l. Præscript. de vsucap. & l. Si quisquam. de diuer. tempor. &c.

dicit

dicit Papinianus, ſic interpretor, vt longę poſſeſſionis præſcriptio nõ poſſit dominium eius loci tribuere alicui qui iure gentium publicus eſt. Quod ita ꝓcedit, ſi quis quòd in fluminis publici diuerticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem iure prohibeat, id eſt ſi quis ideo alterum in eo fluminis publici diuerticulo quod ipſe lõgo tempore occupauit, piſcari prohibeat, quia ipſe locũ vſucepit. In ea enim ſpecie locum diuerticuli ſuum nõ facit, ſed poteſt prohibere eodẽ iure, id eſt iure gentium, alterum piſcari. Quod ſenſit Modeſtinus, vt quæ iuris gentium remanent, modis à iure gentium introductis acquiri & conſeruari poſſint. Res igitur iure gentium publica, modo à iure ciuili prodito acquiri non poteſt, ſed eodem iure eius poſſeſsio quo apprehenſa eſt retinetur. Difficilẽ capitis x. de rebus dubiis, & xvij. ad S.C. Trebellia. antinomiã prætermittere non poſſum. In illo enim ſcribit Triphonius: Cũ in bello pater cum filio periſſet, matérque filij quaſi poſtea mortui bona vẽdicaret, agnati verò patris, quaſi filius ante periiſſet: Diuus Adrianus credidit patrẽ prius mortuum. In alio autem capite ait Vlpian. Si quis ſuſceperit quidem filium, verùm viuus amiſerit, videbitur ſine liberis deceſsiſſe. Sed ſi

Concili. l. Qui duos. §. Cũ bello. de reb. dub. & l. Ex facto. §. Si quis autẽ. ad S.C. Trebell.

naufragio, vel ruina, vel aggreſſu vel quo alio modo ſimul cũ patre perierit, an conditio defecerit, videam'. Et magis nõ defeciſſe arbitror: quia non eſt verũ eius filiũ ſuperuixiſſe. Equidẽ hæc capita ſic conciliare ſoleo, vt rei qua de agitur, cauſa inſpiciatur. Nam in bello in quo plurimũ audacia & robur poteſt, prodéſtq;, & ad ſuſtinẽda belli pericula aptiores ſunt iuuenes quàm ſenes, facilè creditur magis imbellẽ primũ fuiſſe interfectũ: in ruina autẽ & naufragio prius deceſsiſſe magis temerarium, minúſque circunſpectũ & prudentẽ, veriſimilius eſt. Multæ ſunt legũ contrarietates quas facilè cõciliabimus, ſi id ſpectemus qđ in vnaquaq; præcipuũ eſt. Scribit Celſus, ſi xl. teſtamẽto legata ſint alicui, & idẽ ſcriptum ſit in codicillis, atq; duas ſcripturas petitor oſtẽdat: hęres verò poſteriorẽ inanẽ eſſe cõtẽdat, ipſum hæredẽ id approbare iudici debere. Vlpianus autẽ inqt: Si nõ corpus ſit legatũ, ſed eadẽ quãtitas in eodẽ teſtamẽto ſæpius, diuũ Piũ reſcripſiſſe tunc ſæpius præſtãdã ſummã, ſi euidẽtiſsimis probationibus oſtẽdatur, teſtatorẽ multiplicare legatũ voluiſſe. Verũ Vlpianus nõ de probãdo præcipuè agit, ſed an idẽ ſit in pecunia, quod in re nulla facta mẽtione legatarij aut hæredis: pſẽque propoſitã quęſtionẽ proſequitur. Totus in eo

L. ij. §. Corporis. de vaca. & excuſ.

Concilia. l. Quinquaginta. de probat. & l. plane. § ſed ſi non corpus. de leg. j.

eo est Celsus, vtrũ probare oporteat hęredem, an legatariũ. Præterea hîc in ea specie respondit, in qua duæ erãt scripturæ: ille verò in ea in qua testator rẽ eãdem sæpius in eadẽ scripturã reliquit, vt potius repetere, quàm duplicare legatum voluisse videatur. Ita etiam poterimus sibiipsi conciliare Paulum. Hic enim lib. iij. ad edictũ ex Neratij, Attilicini, & Proculi sententia existimat pactum cum vno ex reis factum, alteri non nocere. lib. autem xiij. ad edictum scribit, altero ex sociis contra compromissum petente, pœnam aduersus alterum committi. Sed hîc præsertim non agitur, an vnius reorũ factum alteri noceat: verùm præcipua est quæstio, an pœna sit commissa: & videri commissam Paulus respondet, quasi ipsi sint fideiussores. Ideóque cùm alter petit, alter etiam petere videtur, propter societatem: quemadmodum non refert, an à reo, an à fideiussore petatur: ob ídque pœna aduersus eum cõmittitur, qui cõpromisit: sed committitur siue ipse petat, siue eius socius. Potest quoq; Iustiniani, Valer. & Gal. Imperatorum contentio in hanc concordiam reduci. Ait Iustinianus: Sed sciẽdum est eum (seruum scilicet proprium) & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directã accepisse videri: & per hoc rectè tutorem esse.

Concil. l. Si vnus de pact. & l. Si duo. de recept. arb.

Conciliat. §. sed sciendum. Qui testa. tuto. & l. Etsi nõ adscripta. C. de fideic. libert.

Val.& Gal.Et ſi non adſcripta libertate teſtator ſeruum ſuum tutorem ſuis filiis dederit,receptum eſt & libertatis & pupillorum fauore, vt per fideicommiſſum manumiſiſſe eum videatur. Verùm obſeruandum eſt Iuſtinianum præſertim non agere,an directa,an verò fideicommiſſaria libertas competeret, ſed docere eum voluiſſe ſine libertate datum tutorem nihilominus libertaté conſequi. Alij auté Impp. de ipſa libertate quæ data ſeruo nõ videbatur, præcipuè non diſputant:& libertatis ac pupillorum fauore eam tanquam ex cauſa fideicõmiſsi ſeruo competere reſcribunt. Nulla certè relicta exiſtimatur libertas, cùm ea ſeruũ ſuũ teſtator non donauerit. Sed quia vtilius eſt pupillo libertum ſuum tutorem habere, & tutoria adminiſtratio ſine libertate exerceri nõ poteſt:ideo ſeruus liber eſſe cẽſetur, non quidem directò,niſi qua directis verbis tutor à teſtatore datus eſt. Nec enim abſurdè quis dixerit libertaté quæ tutelæ(quam ſemper directò dari cõſtat)ineſſe ſubintelligitur,directã ideo dici, cũ tamen effectu & re ipſa ſit fideicõmiſſaria. Videamus etiam ne nõ ita cõciliare Catonis ſententiã aliorũ iuriſconſultorũ opinioni poſſimus. Scribit Cato,vt Paulus refert: Si de eo facto cautũ ſit quod diuiſioné recipiat, veluti

Cõci.l.iiij. §.Cato. de verb.oblig. & l.v.§. vlt. & l.in executione. §.itẽ ſi eo. & l.heredes.§.idem iuris eſt. fa mil.erciſc.

amplius

amplius non agi:tum eum hęredẽ qui aduersus ea fecerit, pro portione sua solùm pœnam committere. Alij verò iurisconsulti totam cõmitti pœnam, etiam si vnus ex hæredibus portionẽ suam ex sorte soluerit, donec portio cohæredis soluatur, existimant. Atque is ipse Paulus alio loco Catonis approbare sententiã non videtur. Sed intelligendum est, Paulum referentem Catonis distinctionem de faciendi stipulationum differẽtia præsertim agere: lib. autem xxiij. ad edictum, præcipuè disputare, quo modo cohæredibus prospiciatur, cùm tota pœna ab vno commissa soluitur. Est etiam obseruandum, Pomponium atque illum ipsum Paulum dicere quidem, nisi tota sors aut totus fundus detùr, pœnam nihilominus committi, nec prodesse ad euitandam pœnam, pro parte dari rem posse. Quod ab iis rectè dicitur, sed non satis distinctè. Quanuis enim ea sit pœnæ vis, vt ab ipsa hæres non liberetur, nisi tota soluta sit obligatio: disertè tamen ex Catonis authoritate Paulus ostendit principalis obligationis causam spectãdam esse. Quod is igitur tradit, sequendum est: quæ verò cæteri scripsere, ex ipsius sententia interpretationem accipere debẽt: vt hæc regula colligi posit: Pœna certę pecuniæ adiecta diuiduæ stipulationi, tota vnius

facto committitur: ſed propter rei in ſtipulationem deductæ naturam, is ſolus pro portione ſua tenetur, qui contra quàm conuentũ eſt aliquid fecit. Locus Inſtitutionum quem ante attigi, alterius cum Calliſtrati reſponſo pugnã mihi in memoriam reuocat. Scribit enim Iuſtinianus diuum Adrianum naturalem æquitatem ſequutum, ei conceſsiſſe theſaurum, qui eum in ſacro aut religioſo loco inuenerit: & Spartianus idem narrat. Adrianus (inquit) de theſauris ita cauit, vt ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur: ſi quis in alieno, dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter potiretur: vt veriſimile ſit Adrianum de eo religioſo aut ſacro loco intellexiſſe, qui quodammodo eius eſſe videtur, in cuius fundo eſt, & cuius maiores in eo aut ſacra familiæ propria conſtituerunt, aut ſepulchra ſibi elegerunt. Calliſtratus autem refert diuos fratres conſtituiſſe, vt ſi in locis fiſcalibus vel publicis religioſíſve, aut in monumẽtis theſauri reperti fuerint, media pars ex his fiſco vẽdicaretur. Sed diuorũ fratrũ reſcriptum de iis religioſis locis aut monumentis intelligendum eſſe conſtat, in quibus eſt aliquod ius fiſci, & quæ publica authoritate conſtituta ſunt, aut alio modo ex familia priuatorum exempta. Quòd ſi

Cõciliat. §. theſauros. de re. diuiſ. inſt. & l. iij. de iur. fiſc.

quis diuorum fratrum constitutionem generalem esse cõtendat, & diui etiam Adriani rescriptum ad hanc interpretationem non esse restringẽdum, is meminerit Iustinianum narrare tantùm Adriani constitutionem, non autem ipsum ex sua authoritate statuere: ideóque Veri & Antonini diuorum fratrum, qui posteriores fuerunt, sequendum esse rescriptum: vt etiam feudorum author approbauit. Venit in mentem cap. 1. de verbo. obligat. & cap. lvij. de donat. inter virum & vxorem. In illo Vlpia. absentem non posse stipulari scribit: in hoc autem Paulus ex literis ab vxore ad maritum missis contrahi stipulationem respõdit. Sciendum autem est stipulari nullo modo absentem posse: adeò vt si quis præsens interrogauerit, ipsi verò absenti responsum sit, inutilem esse omnino stipulationem dicat Vlpianus. Quòd si seruus vel procurator eius nomine ac iussu pecuniam aliúdve dederit, ipsique stipulanti is cui datur, congruè responderit: tum hic literas ad illũ mittat, quibus sese daturũ facturúmve spondeat quicquid inter se & seruũ conuenit, aut certè procuratorem, qui contrahere poterat: ea quidẽ valet stipulatio, petíq; ex ea posse respõdit Paulus. quẽ ita cõsultum fuisse verba respõsi indicãt. Sic enim scripserat vxor: Quæ

L. vlt. de cõstit. princ. De feud. Titu. quæ sunt rega. Concili. l. j. de verb. ob. & l. ea quæ. de donat. inter vir. & vxo. d. l. j. §. Qui præsens. qui sic intelligi debet. de ver. obligat.

ſumma mihi numerata eſt ſub ea conditione, &c. Quæ verba de eo intelligẽda ſunt, qui po tuit numerare. Nec eſt cõminiſcẽdum epiſtolã interueniſſe, eámque cautionem & chirographum ſignificare, ideóque præſentem præſenti dediſſe epiſtolam, cùm diſertè iureconſultus dicat vxorem literas miſiſſe. Difficillima eſt capitis j. de legat. ij. antinomia, & cap. xliij. de leg. j. à quibus diſſentit cap. l. de condition. & demonſtr. In illis Paulus & Vlpianus in alterius arbitrium conferri legatum veluti conditionem poſſe ſcribunt: in hoc autem Modeſtinus à cæteris quodammodo diſsidens, in alienam voluntatem conferri legatum non poſſe dicit. Hæc Iuriſcõſultorum reſponſa ſibi contraria videntur, vt affirmãtia & negãtia. Verũ ea ſic poſſe conciliari exiſtimo, vt ſi legatum in alterius arbitrium vt quæuis conditio conferatur, ipſum valeat tanquam ſi teſtator boni viri arbitriũ intellexiſſet. Verùm ſi huiuſmodi ſit legatum, vt teſtatorem alterius voluntatem ita elegiſſe cõſtet, vt ex ea legati dationem omnino pendere, non tãquam ex boni viri arbitrio ſenſiſſe videatur, legatum eſt inutile. Sic enim de bonis ſuis diſponere teſtatorem oportet, vt vltima eius ſententia ex alterius nutu & voluntate non pendeat, ſed ipſa declaret quid

Cõcil. l. j. de legat. ij. & l. ſenatus. de legat. j. & l. nonnunquam. de condit. & demõſt.

poſt

post mortem faciendum sit. Superest vt dissoluamus cap. lvij. & cxxij. de verb. oblig. & §. ex conditionali. Institut. eo. titu. Scribit Iulianus, implendæ cõditionis facultatem ad hæredes transire, adeò vt decedens promissor ipsos relinquat obligatos: & Iustinianus ex conditionali stipulatione tantum spem esse debitum iri dicit, eámque ipsam spem in hæredem transmitti, si prius quàm cõditio extet, mors nobis contigerit. Verùm Scæuola in eà specie, in qua Augerius filiusfami. seruo Publij Mæuij stipulanti spopõdit se daturum quicquid patrem suum Publio Mæuio debere constitisset, & patre defuncto aduersus hæredẽ eius actum fuit, aliúm ve successorem, & de debito cõstitit, respondit si conditio nõ extitisset, stipulationem non esse commissam: quasi dixisset, si ita sit, quòd viuo patre de debito nõ cõstitisset, Augerium non teneri. Solent enim iurisconsulti secundum id quod proponitur respõdere. sed in huius facti specie dicebatur adimpletã fuisse cum hærede conditionem. Scæuola tamen negatiuè respondet. Equidem de hac quæstione aliter sentio. Hanc enim filij sponsionem non esse fideiusionẽ arbitror, sed Publij Mæuij seruum firmandæ obligationis cum patre Augerij cõtractæ causa stipulatum fuisse. Cõ-

Concil. l. si quis. & l. Qui Romæ; §. Augerius. de verbo. oblig. & §. ex cõdit. Instit. eo. titu.

l

ſtat enim firmandarum obligationum gratia inuentas fuiſſe ſtipulationes. Præterea ſciendum eſt patris & filij perſonam eandem cenſeri: vt cùm hic ſtipulatur, pro eo habeatur ac ſi ille ipſe eſſet ſtipulatus. Cùm igitur ſtipulanti Publij Mæuij ſeruo ſpopondit Augerius, patrem ſua obligatione nõ liberat, ſed cùm is adiecerit quicquid patrem debere conſtitiſſet, cõditionem hãc tacitè intelligit, ſi cum patre vel ſecum de debito conſtitiſſet. Agitur de incerto patris debito: ad cuius ſolutionem cùm ſe adſtringat filiusfami. ipſeque hæredum patris & ſtipulantis ratione extraneus cẽſeatur, oportet vt cum eo agatur, & conſtet de debito. Nec enim aliter impleta dici poteſt conditio, quod ſentit Scæuola. Facultas igitur implendę conditionis quæ ad hæredes tranſit, eam vim habet, vt ipſi obligentur vel obligẽt. Cætera quæ ad hanc quæſtionem, & ad has diſſoluendas legum antinomias pertinent, libro ſequenti ordine explicabimus. hoc enim caput ad eius cõpoſitionem aditum nobis fecit.

Paul. lib. ij. & v. recep. ſent.

L. Quodcunque. de verb. oblig.

FINIS LIBRI PRIMI.

LVD.

LVD. CHARONDAE IV-risconſ. Pariſienſis Πειθανῶν ſeu veriſimilium liber ſecundus.

Diſſoluendarum antinomiarum quæ in iuris authorum libris inueniuntur, ratio.

Caput primum.



Vlta in iuris authorum libris eſſe non ignoro, quæ ſtudioſam interpretationem requirant. Sed difficilius nihil eſt, & in quo magis elaborãdum ſit: quàm legum quæ inter ſe pugnare vidẽtur, nodos diſſoluere. Quãuis enim lex ipſa, quæ eſt decretum prudentũ hominum, & inuentum quoddam ac munus Dei, ſibi ipſi contraria dici nequeat: diuerſæ tamen eorum opiniones, qui in iuris explicatione verſati ſunt: effecerũt, vt iam omnes exclament, plenas eſſe antinomiis Pandectas. Nã vt Athenis Philoſophorum, ita Romæ Iuriſcõſult. ſectæ variæ fuerunt. Atteius enim Ca-

pito & Antiſtius Labeo maximæ authoritatis viri, inter ſe diſſentiebant: quorum etiam auditores minus ſibi cõueniebant. Atteius quidem Capito in iis quæ ei tradita fuerant perſeuerabat. Labeo verò ingenij ſubtilitate, & doctrinæ fiducia fretus, quòd & præ cæteris ſapientiæ operam dederat, plurima innouare inſtituit. Et ita Atteio Capitoni (vt ſcribit Pomponius) Maſurius Sabinus ſuccesſit. Labeoni Nerua, qui adhuc eas diſſenſiones auxerunt. Sed & Caſsianorum ac Proculianorum ſectæ, quarum origo à Capitone & Labeone cœperat, pleraſque controuerſias excitarunt. Cùm autem ex hoc immenſo aliarum ſuper alias opinionum aceruatarum cumulo compoſitæ ſint Pandectæ, fieri non poteſt, vt pleraque earum diſſenſionum veſtigia non inueniantur. Nec minor in principum reſcriptis antinomiarum ſuſpicio eſt. hi enim ex eorum iuriſcõſultorum, quos in conſilium adhibebant, opinione ſtatuentes, non minus contraria reſcripta ediderunt, quàm iuriſconſulti variè reſpõderunt. Quam legum confuſionem non ignorans Iuſtinianus, tum Cæſarum placita, tum prudentum ſententias in vnam reducere concordiam conatus eſt: voluítque adeò diligenter totam iuris ſcientiam componi, vt ne vlla

legum

legum pugnantia offenderetur. Ideóque iussit, vt si quid in veterum iuris authorũ libris superuacuum, vel imperfectũ, aut minus idoneum visum esset: vel adiectionem, vel diminutionem acciperet, & rectissimis regulis traderetur. Sed certè tanta nõ fuit Triboniani diligentia, tantum studium, tanta eruditio, tantũ denique ingenium: vt omnia veterum altercationum vestigia tolleret, vt nullum contrariũ relinqueret, vt quicquid à suo principe mãdatum sibi fuerat, omnino exequeretur. Infinitæ enim opiniones in Pandectis dispersæ inueniuntur, quæ adeò contrariæ videntur, vt quis non ineptè Digesta appellare possit, antiquæ dissensionis epitomen. Sed cùm inciuile sit, miniméque deceat imperatoriam maiestatem lædere, statui omnibus modis, si quid est in me ingenij, quod perexiguũ esse sentio, experiri, vt antinomiarum nodos dissoluere possim. Paulus iureconsultus lib. 5. ad l. Iuliam & Papiã, scribit posteriores leges ad priores pertinere, nisi contrariæ sint. Idque multis argumentis probetur. Quibus verbis legum contrarietatem ita componere videtur: vt maior sit posterioris legis authoritas. Nam postrema quæque (vt scribit Cicero) grauissima est. ea ratione nouas Iustiniani constitutiones, atque

Cap. xxviij Dige. de legib.

decisiones quæ plerunque Pandectis derogant,nec iuri in Codi.relato parcunt,cum cæteris ita conciliabimus: vt ex earum dispositione reliquas interpretemur; aut si ex diametro opponantur, has vt posteriores grauioresq; aliis abrogatis sequamur: Possemus eodem modo, cõtrarias prudẽtum & Cæsarum, si quæ inueniuntur sententias conciliare, nisi eas omnes leges,quæ in Pandect.& Cod.referuntur,tanquam si eodem tempore perlatę essent, & ex sua voluntate compositæ, nouam quandam formam accepissent,eandem omnino vim habere sanxisset Iustinianus: adeò vt illis suo,vel potius Triboniani arbitrio correctis,& in melius restauratis,primam nunc authoritatem tribuere videatur: vt Theodosius de prudentum responsis, suum iudicium edidit. Sed ideo non inutilem hanc esse temporum obseruationem dicere quis posit: quoniam ipsa ostendit quid prioribus temporibus obtinuerit, quid postea innouatum sit: vt si quando leges, ex quibus libri nostri compositi sunt,pugnare videantur: si non à posterioribus priores corrigi dicamus, has certè ex Pauli & Tertulliani cõsilio trahamus ad illas, quæ (vt Ciceronem scripsisse retulimus) grauiores sunt. Denique Iustinianus, ne in hac curiosa

Cap. xxvj. & xxvij de legib.

curiosa dissoluendarum antinomiarum inuestigatione maiorem operam temerè consumeremus: viam ipse rectam & securam patefecit. Sic enim in tertia constitut. ad senatus & omnes populos rescribit. Contrarium autem aliquod in hoc codice positũ nullum sibi locum vendicabit, nec inuenietur, si quis subtili animo diuersitatis rationes excutiat: sed est aliquod nouum inuentum, vel occultè positum, quod dissonantiæ querelam dissoluit, & aliam naturam inducit, discordiæ fines effugientem. Itaque imperatoris authoritate freti videamus diligenter, si quid sit in legibus, quarum dissensiones componere volumus, quod diuersitatis rationem explicet.

Conciliatio cap.xviij. Si cert.pet.& xxxvi.de acqui.rer.domin. Cap. ij.



Ifficile est eum cęteris conciliare, qui sibi ipsi non consentit. Equidem obseruaui Iulianum aliud scribere, & aliud scribentem ab Vlpiano referri. Sic enim ait, Si pecuniã numeratam tibi tradã donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias;

L. Cum in corpus. de acq. rer. do. Et. l. si ego. si cert. pet.

constat proprietatē ad te transire: nec impedimento esse, quod circa causam dandi atq; accipiendi dissenserimus: satis enim est in corpus quod traditur cōsentire. Eam vero Iuliani sententiā fuisse refert Vlpianus. Si ego, inquit, pecuniam tibi quasi donaturus, dedero: tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationē non esse. Sed an mutua sit, vidēdum est. Et puto nec mutuam esse: magísque nummos accipientis non fieri: cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione vti poterit: quia secundum dantis voluntatem nummi sunt consumpti. Multos torsit hic nodus: nec scholasticorum D. D. vllus notādum aliquid comminiscitur: nisi Francisci cuiusdam Aretini, veterum iuris professorum purissimi sententiam, quam sibi ex recentioribus plerique arrogant, probabilem esse dicamus. Is enim cum videret commentitias aliorum solutiones, absurdas esse: creditam apud Iulianum interpretatur, non ex persona debitoris mutuam pecuniam accipientis, sed creditoris rem à se creditam recipientis. Sed hæc explicatio iurisconsulti sententiæ non omnino conuenit. Eius enim verba satis indicant ípsum de mutui datione, non solutione loqui. Atque ita eius

eius opinionem, refert Vlpianus. Fateor tamē veriorem esse cæteris, quas hactenus affinxerunt interpretes, Aretini solutionem. Sed ego Iuliani responsum, quod prius est ad Vlpiani disputationem, quam posteriorem grauiorémque esse constat, ita referendum arbitror: vt quod Iulia. scribit, quia sub titulo de acquirendo rerum dominio extat, de translatione dominij, & pecuniæ proprietatis intelligatur. Nemo enim dubitat pecuniam, in ea specie eius fieri cui tradita est, quia & donationis & mutui dationis causæ transferendi dominij idoneæ sunt. Et cum in alienando corpore, quod traditur, consensus interuenerit: causæ dissensus, licet contractui qui vtriúsque consensum requirit, impedimento esse videatur, non obstat tamen, quo minus dominium accipienti quæratur. Præcipua autem Vlpiani disputatio, in eo versatur: an in proposita specie, accipiens conditione teneatur. quod vt rectè decidi posit, prius videndum est: quod genus sit contractus. Ipse Iulianum refert, quem verisimile est, totam hanc quæstionem, eo loco tractasse: cuius fragmentum nobis reliquit Tribonianus. Cæterùm donationem non esse Iulianus arbitrabatur, quia nō eo nomine accepta erat pecunia, nulla autem donatio est,

nisi ab eo acceptetur cui donatur. Sed nec mutuum esse Vlpianus existimat, quia alia dantis mens erat. Non ideo tamen, quia mutuum non est, ex donatione potius nummi accipientis fiunt, cum alia opinione acceperit. Sed tanquam si mutuum consumptione fuisset reconciliatum, tenebitur is qui accepit, cõdictione: verùm doli exceptione vti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi consumpti sunt. Remanebit igitur apud accipientem pecuniæ dominium, eiúsque fiēt nummi: quod dicit Iulianus: nec negat Vlpianus, sed non ex donationis causa magis, quàm mutui, dominium transferri scribit: ideóque condictionem competere.

Cõciliatio cap.xxiiij.ad leg.falci. & cap.xxij.ad S.C.Trebellia. *Cap. iij.*



Etus fuit quæstio (inquit Vlpianus) an partus ad fructuarium pertineret. Sed Bruti sentētia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. Neque enim in fructu hominis homo esse potest. absurdúmque videbatur (vt Caius scribit) hominem in fructu esse, cum omnes fructus, rerum natura, hominum gratia comparauit. itaque audiendi non sunt illi qui

L.lxviij. de vsufruc.

L. In pecudũ.xxviij. de vsur.

qui posteriores iurisconsultos ea de re dissensisse, eorúmque alios Brutum, alios P. Scæuolam & M. Manilium sequutos fuisse existimant. Nec vlla huius dissensionis indicia in Pandectis notabunt. Quod vt clarius intelligatur, excutiendum est, quod ab eis sæpius iactatur contrarium. Dicunt enim Paulũ qui partus ancillarum ante diem fideicommissi editos, ad hæredes eius qui rogatus est, pertinere, eósque in quartam & quartæ fructus cõputandos: si de lege falcidia quæstio incidat, respondit: cum Vlpiano pugnare. Hic verò de fideicommissaria hæreditatis restitutione disputans, hæredem detrahere partus, etiam si exist ãt, & partuum partus scripsit. Ex qua interpretatione, quæ sit in his responsis antinomia, non intelligo. nec enim, si rectè contextus distinguatur, partuum rationem reddere hæredem debere dicemus, sed vt sumptus, si quos in res hæreditarias fecit, ita illos ĩpsos partus detrahere posse. Quod siquis nostram refellere explicationem ideo velit, quòd Vlpianus dixerit ad fideicommissarium, cum vniuersa hæreditate, extantes partus pertinere, quia in fructibus hi non habentur: is se codicis errore deceptum sciat. Nom enim, quia, sed quanuis, in antiquis codicibus, tum excusis,

L. Falcidia. xxiiij. ad leg. falcid.

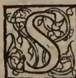
L. Mulier. xxij. ad S. C. Trebell.

tum manuſcriptis legitur. Et hæc quidem lectio Vlpiani ſententiæ optimè conuenit. Nam ipſe vult hæredem, ex hæreditatis reſtitutione partus detrahere, eóſque in quartam (vt ait Paulus) computare: quanuis non ſint in fructu & in fideicõmiſſariam hæreditatis reſtitutionem cum venire non dicantur fructus, cætera quæ ex hæreditate capiuntur, reſtituenda eſſe videantur. Et partus quidem poſt teſtatoris obitum editi, ſunt quodam modo præter hæreditatem, id eſt præter id quod teſtator eum rogauit reſtituere: quia tum nati & in lucem emiſſi non erant: nec de iis cogitare teſtator potuerat.

L. In fideicom. xviij. ad S.C. Trebell.

Enarratio obſcuriſſimæ Dioclet. & Maximia. Impp. conſtitutionis, cuius caput eſt, filius quẽ, ſub titu. familiæ erciſcund. Eiuſque cum aliis quibuſdam iuris Romani locis conciliatio.

Cap. 4.

I Tribonianus principum conſtitutiones ita diſpoſuiſſet, vt facti libello comprehenſi ſpecies, de qua conſulti impp. reſcripſerunt, intelligi facilè poſſet: ipſorum adeò obſcura non videretur reſcripta, vt hęc ex cõſtitutione apparent.

rét. Nam inter iuris interpretes, satis non conuenit, quo iure fundum haberet filius. Alii enim datum ipsi in peculium, alij prælegatum, alij donatum fuisse existimant. Ego verò (vt quid sentiam ingenuè & breuiter dicam) filiũ ex parte institutum fuisse, eique adscriptum fundum arbitror. atque in eo testamento, vel in codicillis testatorem rogasse filium vt portionem hæreditatis, ex qua ipsum instituerat, hunc scilicet fundum fratribus & quibusdam aliis, sub conditione dandorum (exempli gratia) decem restitueret. Et hæc quidem explicatio, quæstioni propositæ quamproximè accedit. Constat enim de fideicommisso impp. scribere, quod relinqui non potest, nisi ab eo præstandũ, qui id habet quod rogatus est restituere. Nam sciendum est (vt scribit Vlpianus noster) eorum fidei committi posse, ad quos aliquid peruenturum est, morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis adimitur. nec recipiendum est quemadmodum Paulus eleganter respondit, vt cui nihil dederis, eum rogando obliges. Nec mutat, quod filium habentem fundum dixerint Impp. quasi verò testamenti tempore possederit. Nam statim atque hæres institutus est aliquis, rem sibi à testatore relictam habere videtur, vnde ab hero dici hæres antiquis vi-

L.j. de lega. 3.

L. Sed et si. vj. de lega. 3

L. In suis. xj. de liber. & posthu.

detur. Et maximè filius, qui etiam viuo patre quodãmodo dominus existimatur. Sed & nõ ineptè, is habere dicitur, qui restituere rogatur. Quod si fratres conditionem impleuerint (quam probabile est filii qui oneratur respexisse vtilitatem'ne damnum sine commodo sentiat) & ipse fundum ita restituat, vt primùm ex prædio tantam portionem retineat, quantam si omnes in illo tantũ à testatore instituti fuissent, accipere potuissent: eámque partem in quartam computet, vnà cum eo quod à cohæredibus vice mutua percepit, id est, eo ipso sub cuius dandi conditione restituere rogatus est. Et siquid deest quartæ, in supplementum deducat, quod à cæteris ad implẽdam conditionem fundúmque obtinẽdum soluetur. Quod si ex ea retentione & compensatione, supra quartam habuerit, familiæ erciscundæ iudicio reddere compelletur. Hæc est succincta huius rescripti enarratio, quæ vt fiat clarior, sciendũ est eum, qui hęreditatem vniuersam vel aliquã eius portionem restituere rogatus est, perinde quartam partem retinere posse, atque ex lege falcidia ex legatis retinere conceditur: vt præclarè & breuiter explicat Iustinianus. Cum is igitur filius, ex certa parte hæres scriptus, fundum, qui solus ei adscriptus fuerat, restituere

Titu. de fideico. here.

ro-

rogatus ſit: quartam Trebellianã retinere poteſt. Sed quia ſub cõditione aliquid à cohæredibus accipiendi, reſtituere debet: id quod accepit, in quartam ei imputabitur: vt diuus Pius conſtituit. Quod etiam noſtri impp. reſcripſerunt, compenſatum quod à cohæredibus vice mutua percepit, ſcribentes. Sed tota huius conſtitutionis quæſtio in eo verſatur, An filius familiæ erciſcũdæ iudicio reddere compellatur quod ſupra quartam accepit. Ea enim ſub titulo familiæ erciſcundæ poſita, ad alium tractatum præcipuè non pertinet. Quod autem ipſi de retenta quarta narrant, factum ita fuiſſe oſtendunt. Quare nemo non videt, ex hac noſtra interpretatione, omnes commentitias interpretum antinomias diſſolui. Nam (vt eas ordine percurram) in quo diſſentit Mætianus à noſtrorum Impp. ſententia? ipſe pro ea parte quam is qui reſtituit, accipit à cohærede extra quartam, id eſſe quod à cohærede accipitur, ſcribit. Dicũt autem Impp. cõpenſatum, quod à cohæredibus vice mutua percepit: nõ cõpenſandum ſtatuunt, ſed etiam ſi ita ſanxiſſent, cõciliare tamen ipſos I.C. poſſemus. Loquuntur enim illi de eo, quod vice mutua præſtandum erat, quódq; teſtatoris iudicio cõpenſari debebat. Sed Mętianus id eſſe, quod à cohærede ac-

L. In quartam. xc. Ad leg. falc.

Conciliatio huius l. & l. in quartã. Ad leg. falc.

cipitur dicit, quod ſcilicet pro ea parte, quam extra quartam à cohærede accipit, habet. Sic enim Mætianum interpretor (quanuis alij aliter) quaſi ipſe diceret, id tantùm à cohærede eum, qui hæreditatem reſtituit, accipere, quod extra quartam hæreditatis partem à cohærede pro ſua parte accipit. Quarta enim non hæredis liberalitate, ſed legis potius beneficio tribuitur. Tum ſubiicit. I. C. Sed ſi pecuniam à cohærede acceperit, atque ita hæreditatem reſtituerit, id quod accepit, in quartam ei imputabitur; idque diuum Pium conſtituiſſe ſcribit, cuius ſententia cum impp. noſtrorum reſcripto conſentit. Et videtur quidem poſterior hic verſiculus, pręcedentis eſſe interpretatio. Si enim is qui reſtituere rogatus eſt, quartam hæreditatis partem retineat, & extra eam accipiat à cohærede pecuniam, ſub qua reſtituere rogatus eſt, reſpondit iurisconſultis id quod extra quartam datur, illud eſſe, quod à cohærede non teſtatoris voluntate, neque legis beneficio accipitur, ſed hoc tamen ipſum in quartam imputari: ideóque compēſandum eſſe cum ea hæreditatis portione quam retinere vult. Et hæc quidem cōciliatio noua & noſtris interpretibus inaudita, verior eſt, quā infinita ipſorum cōmenta: quæ ſi ſequeremur, & pro

propius Mætiani verba inſpiceremus, ipſum ſibi contrarium eſſe diceremus. Magis obſtat, quod Iulianus lib. xl. Digeſtorum ſcribit, in eo obſcuro reſponſo, cuius hæc eſt epitome. Titia teſtamento ſuo Titium fratrem ſuum, ex parte tertia hæredem inſtituit, fideíque eius cõmiſit: vt hæreditatem retenta quarta parte, Secundæ & Proculæ reſtitueret. Eadem quædam prædia prælegauit. Quæritur, an ſolam quartam retinere, in eámque prælegata imputare debeat Titius. & reſpondet I. C. Titium legata integra retinere debere, ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed ſi non eſſet adiectum, vt pars quarta deduceretur: totum trientem prędiorum legi Falcidiæ imputari oportere: quoniam cõtra ſententiam matrisfamilias lex falcidia induceretur. Conſtat igitur vltra quartam, retinere prælegatorum partem, eum qui reſtituere rogatus eſt, poſſe: cum tamen Impp. noſtri eum, quod ſupra quartã habet, reddere compelli ſanxerint. Sed obſeruandum eſt imp. de Trebelliana quarta, Iulianum verò de Falcidia loqui. Hęc enim inter cæteras, magna eſt inter has duas quartas differẽtia, quòd ea tantùm legi Falcidiæ imputentur, quæ iure hæreditario hæres accipit: non quæ iure legati, vel

Conciliatio huius. l. & l. Titia. lxxxv. Ad leg. falcid.

Differentia inter quartam Trebellia. & eam

quæ ex lege falcidia debetur. *d.l.In quartam.* fideicōmiſsi, vel implēdæ cōditionis cauſa. Sed in fideicōmiſſaria hæreditate reſtituēda, ſiue legatū datū eſt hęredi, ſiue p̄cipere vel deducere vel retinere iuſſus eſt: in quartā id ei īputatur.

Ratio illius differentiæ. Huius diuerſitatis, ea mihi ratio eſſe videtur: quia cū ex legatis, à quib⁹ tota exhauriebatur hęreditas, detrahatur Falcidia: ea verò legata q; legatarij non capiunt, cū apud hæredes ſubſederint, hęreditario iure apud eos remanere intelligantur, & ideò (vt Caius noſter ſcribit) quadranti imputanda ſint, nec quicquam interſit, vtrū ſtatim ab initio legatū ſit, an quod legatum eſt remanſerit: rectè hæreditarium dicitur, quicquid legi Falcidiæ imputatur. vnde fideicommiſſum vel legatum, quod ſemel fideicommiſſarij vel legatarij fuit, ad hæredem reuertens, nomen non amittit, nec in Falcidiam imputatur. At Senatus conſultum id tantum inſpexit, ne hæres grauatus ſua aditione, onus ſine commodo ſentiret. Ideóque ipſi viſum eſt ſatis eſſe, quartam quoquo modo hæredi ſeruari. Sed ex hac noſtra interpretatione abſurdum ſequi videtur. Cum enim Iulianum de Falcidia interpretamur, nobis ipſis contrarii videmur: quia in Falcidiam legata non imputari diximus. I. C. verò ea imputat. vult enim, ſi teſtator de quarta expreſſe ſanxierit: in eam prædiotū duodecimā partē imputari opor

L. Id autē. lxxv. Ad leg. falcid.

L. ſi à me. xxix. ad leg. falcid.

tere: ſi verò illius nõ meminerit, totũ triẽtem. Verũ ſi quis propius inſpiciat, hãc cõtrarietatẽ facilè tollet. Neſennio enim Apollinari reſpondit Iulius Paulus, eum qui legatũ vel fideicõmiſſũ (idem enim de vtróq; dicendũ arbitror, cũ legata fideicõmiſſis exæquata ſint) præſtaturus eſt, ab eodem aliquid ex teſtamẽto petit, nõ eſſe audiẽdũ, vti aduerſus eum Falcidię beneficio cupientẽ, ſi id quod percepturus eſt ex voluntate teſtatoris, ſuppleat quod deducere deſyderat. Vnde conſtat prælegata in Falcidiã imputari, ſi mutua vice præſtãda ſint, vt in ſpecie Iuliano propoſita: qui ideo dubitabat, an integra prælegata imputãda eſſent. Id enim dicendum videbatur, propter Pauli rationem, ſed aliter ille reſpondit: rationem ſubiiciẽs, ex qua ſatis indicat, hanc eſſe voluntatis quæſtionem, quæ ex mentis coniectura pendet. Ait enim tota ideo prælegata, in quartã non imputari, ne cõtra ſẽtẽtiã matrisfamilias lex Falcidia induceretur. Sed aliàs de hoc Iuliani reſpõſo plura dicemus. Nõ eſt tamẽ omittẽdũ, quod ad eorũ quę diximus explicationẽ pertinet, Vlpianũ duob⁹ locis, Carũ, Carinũ & Numeria. Impp. ex viri prudẽtiſs imi Papiniani ſentẽtia ſcripſiſſe, non integra legata, ab eo q̃ reſtituere rogatus eſt retineri, ſed eã tãtũ partẽ, quæ à co-

L. Neſẽnius xxij. ad leg. Falcid.

Conciliatio d.l. Titia. et l. Marcellus iij. l. in fideicommiß. xviiij. xd leg. Ealci.

l. Cum virum. C. de fideicomm.

hærede accipitur: cũ tamen aliud hîc reſpõdeat Iulianus. Sed iam monui, intereſſe inter Falcidiã legem & Trebellianam quartam. Et ex ea quidem differẽtia, harum opinionũ diuerſitatis ratio intelligi poteſt. illi enim loquuntur de fideicõmmiſſaria hæreditatis reſtitutione: hic verò de lege Falcidia, in quã mutua tantũ prælegata imputantur: & ea quidẽ integra: niſi teſtatoris voluntas repugnet. Et hæc adeò vera ſunt: vt rectè Cumanus & Fulgoſius vulgarẽ atq; ab interpretibus excogitatã ordinis ſcripturę diſtinctionẽ refellerint. Nihil enim refert, an pceſſerit fideicõmiſſũ, an verò legata, vt elegãter ex Caij & Vlpiani authoritate ꝓbarunt.

L. Si Titius xliiij. de legat. iij. d. l. Marcellus. §. Quidam liberis.

Conciliatio cap. iij. & viij. titu. de acqui. vel amitten. poſſeſsio. Cap. v.



[M]Emini explicatam poſſeſsionis definitionem atque diuiſionem à me fuiſſe libro primo. Sed in illo ea tãtum breuiter ſcripſi, quæ ad intelligendam poſſeſsionis naturam pertinere exiſtimabam: hanc verò non omitendam antinomiam non: attigi. Eſt tamen difficilis. Nam ſibi ipſi minimè cõſentire videtur Paulus. ait enim vno loco, in amittẽda poſſeſsione affectionem eius qui poſsidet, intuendam eſſe: itaque

que si in fundo sis, & tamen nolis eum posside-
dere,protinus amittes possessioné. Igitur amit
ti & animo solo potest, quanuis acquiri non
potest.Scribit autem alio loco.Quemadmodú
nulla possessio acquiri, nisi animo & corpore
potest,ita nullam amitti, nisi in qua vtrunque
in contrarium actum est.Eámque Pauli senté
tiam, repetitam sub titulo de regulis iuris le-
gimus. Quibus modis acquirimus,inquit,iis-
dem in contrarium actis amittimus. Vt igitur *L.Fere.*
nulla possessio acquiri, nisi animo & corpore *excv. de re. iur.*
potest:ita nulla amittitur,nisi in qua vtrunque
in contrarium actum est.Clarissimus iuriscó-
sultus Aemylius Ferrettus,in suis elegantissi-
mis commentariis (quos sæpius efflagitatos
hodie accepimus)hoc cótrarium reiectis alio-
rum interpretum cômentis,ita soluit:primùm
totam Pauli sententiam coniungit, vt quem- *d.l.3.§.*
admodum is est adipiscédæ possessionis ordo, *Neratius.*
vt corpore incipiamus acquirere, & animus
subsequatur: ita in amittenda quoque posses-
sione,intuenda sit affectio, tanquam principiú
(non quòd ea sola sufficiat) tum subsequatur
corpus:atque ita vtrunque in côtrarium aga-
tur, & alio ordine quàm in acquiréda. Equi-
dem(pace tanti viri dixerim) non possum hãc
solutionem probare. Ipsa enim angustior est,

quàm ad omnes amittédæ poſſeſsionis modos referri poſsit. Quid enim ſi iã corpore, rei poſſeſsionem deſeruerit? Præterea rectè mihi interpretari Paulum ſuum videtur: cùm protinus amittes, explicat, initium amittendæ feceris. particula enim protinus, totam rei ſubſtantiam tãgit. Itaq; (vt dicã quod ſentio) animaduertẽdum eſſe arbitror, poſſeſsionem nõ aliter acquiri, quàm ſi corpore rem apprehendas, & dominantis animum habeas. Cùm igitur rem poſsides ſiue corpore & animo, ſiue ſolo animo, ſtatim atque nolueris eam domini voluntate habere, poſſeſsionem amittis. Sed tamen aliquid etiam in corpus tuum agitur, contrà quàm in acquirenda poſſeſsione requiratur. ſi enim rei inſiſtas, ex ea corpus tuum deiicitur: ſi verò abſis, rediens ad ſuam detentionem nõ accedit. Et certè Paulus nõ dicit in amittenda poſſeſsione animũ & corpus, vt in acquirenda requiri: ſed vt vtrunque in contrarium actum ſit. quæ verba eam, quam diximus, recipiũt interpretationem, nempe vt in animũ & corpus poſsidentis, aliquid actum ſit contrarium poſſeſsionis acquiſitioni. Prętereà Paulus eo in loco, quem ex regulis iuris retulimus, particulã (ferè) adiecit: quam rectè in hoc caſu appoſitam fuiſſe notat iuris epitomæ ſcholiaſtes. quo
enim

enim modo possesionẽ alicuius rei acquirere possumus, non prorsus eodẽ modo eã amittimus: vt non ineptè quis dixerit: Quod scribit animo & corpore amitti possessionem, eo casu intelligi debere, quo animo & corpore possidet quis, aut certè abest, sed cũ velit ingredi fundum, eiicitur: ob eámque vim & posidẽdi animum deserat, & seipsum eiici ferat. *Hermeno. iur. epito. lib. ij. titu. j.*

Conciliatio Decij Imp. constitutionis, cuius caput est Donatarum. sub titu. Cod. de acquir. & retin. possess. cum cap. prim. Dig. eodem titu.
Cap. vj.

DIfficilior sub eodem titulo legitur antinomia. scribit enim Paulus, Offilium & Neruam filium, etiam sine tutoris auctoritate posidere incipere posse pupillum, dixisse: eam enim rem facti non iuris esse. Quam sententiam recipi posse ait, si eius ætatis sit, vt intellectum capiat. Sed contrarium rescripsisse Decius Imp. videtur. Nam ipse sic ait: Donatarũ rerum à quacunque persona infanti vacua possesio tradita corpore quæritur. Quãuis enim sint authorum sententiæ dissentientes: tamen consultius videtur, interim (licet animi plenus nõ fuisset affectus) possesionem per traditionẽ esse quę-

ſitam . alioquin ſicuti conſultiſsimi viri Papiniani reſponſo continetur,nec quidem per tutorem poſſeſsio infanti poterit acquiri . Nam iudicium infantis(vt ſcribit Paulus) ſuppletur authoritate tutoris : vtilitatis enim cauſa hoc receptum eſt . Equidem multa inueniri poſſe quæ hanc contrarietatem diſſoluãt,non ignoro.Nam Paulus cùm pupillum dicit,qui intellectum capit,de eo etiam infante intelligi poteſt,qui amplius non lactat:ſed infantiæ proximus eſt . Dici enim eum infantem conſtat, vt eleganter Theophilus ſcribit.Sed hic ipſe quãuis verba proferre poſsit , non tamen plenum animi affectum habet,id eſt,vtcunque intelligit,quod facit : is tamen diiudicare non poteſt quid ſibi velint ea quæ dicuntur , & quem ad finem res ipſi tradatur. Et ex hac quidẽ interpretatione non intelligo,quid inter ipſos iuris authores interſit : maximè cũ vacua poſſeſsio infanti de manu (vt dicitur) in manum tradi dicatur . Nã de rebus tãtũ donatis ſancit Imp. in quibus tradendis non tanta iuris obſeruatio requiritur: quàm ſi ex alio quouis contractu,vt emptione,permutatione, & ſimili tranſferenda eſſet poſſeſsio . Rem enim accipiens, donationem ſola acceptione infans,quodammodo ratam habere,ideóque poſsidere cenſetur,

L.Quãuis. xxxij.de acqui.&c.

§.Pupillus. Inſtit. de inut.ſtipu.

tur,cùm si tantum animi non habeat, quãtum ad acquirendam possessionem sufficit:rei corpore insistat. Hæc certè ad eam antinomiam explicandam,ita à me dicuntur:vt tamen sententias I.C. dissentientes nõ fuisse, non existimem. Sed cùm à Paulo Papinianum dissidere non videam, Pandect. & Cod. compositores (quibus multum debemus)negligentię accusare non possum.

Conciliatio cap. vij. de pact. & v. in §. Quod si faciam. de præsc. ver. *Cap. vij.*



IN dissoluendo horum capitum nodo,elaborãt omnes interpretes: sed sibi adeò parum cõsentiunt, vt eorum nullus doctum se existimet, nisi noui aliquid attulerit. Equidem prius vicinã huic antinomiam explicare statui, quàm vel meam sententiam confirmem,vel diuersas aliorum opiniones referam. Vlpianus in hac specie,dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas.manumisisti,euictus est Stichus:Iulianus scribit in factum actionẽ à pętore dandam. Martianus autem (ait ille) à quo Iulianus rectè reprehẽsus est,ciuilem incerti actionem, id est præscriptis verbis sufficere dicit. Aliter Paulus Iuliani sentẽtiam refert. Si dedi *d.l.v.§. Sed si dedi.*

tibi ſeruum, vt ſeruum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quē dedi euictus eſt: ſi ſciēs dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit: ſi ignorans, in factum ciuilem. Sed certè quod ad Pauli diſtinctionem attinet, quã hîc Vlpianus omiſit, reſponderi facilè poteſt. Satis enim ad propoſitam quęſtionē eſſe arbitratus eſt Vlpianus, Martiani Iulianum reprehendentis ſententiã referre. Sed Paulus ex diuerſis Iuliani libris, hanc fortè diſtinctionem collegit, cùm Martianum eum duntaxat locũ notaſſe, eúmque ſolum ab Vlpiano qui Martianum refert, obſeruatũ eſſe veriſimile ſit: in quo ſibi non rectè ſenſiſſe Iulianus videbatur. Maior autē in eo dubitatio eſt, quòd Vlpian⁹ cum Martiano Iuli. reprehenderit, quia dãdã à prætore actionē dixerat: cũ ciuilis pręſcriptis verbis competat. Paulus verò Iulia. ſentētiam approbans, ipſum ciuilē ſcripſiſſe reſponderit. Sed certè ipſi iuriſconſulti non adeo de re ipſa diſſentiunt: verùm in eo tantum non conueniunt, quòd nō eodem modo eius ſententiam referant. Doctiſsimus iuriſconſultus & præceptor meus Franciſcus Duarenus ſuſpicatur Tribonianum, cum à Paulo Iuliani ſentētiam recitante, actionis in factum mentio tantum facta eſſet, ne ab Vlpiani reſponſo diſcrepare

videretur

videretur, verbum (Ciuilem) adiecisse, id satis esse ratum ad antinomiam vitãdam, si in summa propositæ quæstionis nulla reperiretur cõtrouersia. Huic suæ sententiæ fucum, ex Iustiniani constitutione quærit: ita ingeniosus est, vt facile quod excogitauit probet. Verum (pace tanti viri dixerim) si diutius in ea opinione hærere velit: nescio qua ratione, quæ sit cuiusque iurisconsulti vera sentẽtia, definiri possit. Equidem ex Caio libr. x. ad edictum prouinciale, notaui actionem præscriptis verbis, in factum etiam dici: vt quanuis verbum, ciuilem, omissum fuisset, de præscriptis verbis actione intelligendum, quod scribit Paulus, esset. Præterea hic ipse iurisconsultus alterius sententiã refert, in eo tractatu, qui de præscriptis verbis actione totus est. Sed otiosum adeo Tribonianum non fuisse arbitror, vt relatas ab aliis opiniones corrigere voluerit: maximè cum iam collegisset, quicquid ad eius loci emendationẽ facere poterat, si modò corrigendus erat. Nostri quoque Duareni opinionem non probauit Eguinarius Baro, vir de iurisprudentia bene meritus: sed quàm rectè, aliorũ sit iudiciũ. mihi sanè non placet eius solutio. Nec enim probabile est Vlpianum absque notis adduxisse Iulianum, Paulum vnà cum notis ad ipsum

L. Si tibi. xxiij. de præsc. ver.

ſcriptis.Nunquam enim legi,Martianum aut (vt in aliis libris ſcribitur) Mauritianum,notas ad Iulianum ſcripſiſſe.Denique ex his veterum Iuriſconſultorũ libris collecta fragmenta,ipſos non ita confuſè notas cum authore retuliſſe oſtendunt. Itaque (vt dicam quod ſentio) mihi iam videor huius contrarij ſolutionẽ attigiſſe. Nam accepi Iulianum plures libros in iure ciuili ſcripſiſſe, inter quos ſunt Digeſtorum libri nonaginta nouem. In quorum variis locis hanc eum quæſtionem tractaſſe probabile eſt. Sed cum vno forte in loco, dandam eſſe in factum actionem dixiſſet Iulianus: atque (vt à Pomponio libr. xxviij.ad Q. Mutium ſcribitur) in factum actiones appellentur, quæ à Prætore legem ſupplente dantur: exiſtimauit Martianus ipſum de actione in factum prætoria loqui,eúmque ideo reprehendit. Et ea certè ratione ſuam reprehenſionem tueri poterat: quia cum de pręſcriptis verbis actione loquimur, raró ciuilis appellationem omittimus. Et in factum actio, ſimpliciter & abſque vlla adiectione cum profertur: in dubio magis ad prætoriam quàm ad ciuilem pertineat: præſertim cum actioni de dolo confertur. Hanc Martiani ſententiam ſequutus eſt Vlpianus,eadémque ratione Iulianum re-

L. Quia.xi. de praeſc. verb.

reprehendit. Verùm Paulus, qui omnes diligentius fortè Iuliani libros perlegerat (in eos enim ipſum notas ſcripſiſſe teſtatur index prudentum qui Pandec. præfixus eſt) quíque etiam Martiani reprehenſionē notauerat, intellexit Iulianum de ciuili in factum actione loqui. Ideóque eum plenius referens, verbum (ciuilem) adiecit. Sequitur apud Paulum difficilis nodus. Quod ſi faciā vt des, ait, & poſtea quàm feci, ceſſas dare: nulla erit ciuilis actio, & ideo de dolo dabitur. Nam in ſpecie non omninò diuerſa, quæ hîc ab Vlpiano tractatur, ciuilem incerti actionem, id eſt pręſcriptis verbis competere dicitur. Et lib. xlii. ad Sabinum idem ipſe Vlpia. ſcribit, ſi pactio interceſſerit huiuſmodi, ſi indicaueris apprehenderíſque ſeruum fugitiuum, dabo tibi alium ſeruum: & ipſum apprehenderis: tibi competere præſcriptis verbis actionem, niſi dolus aliquis arguatur. Andreas Alciatus recentiorum I. C. facilè princeps, in hoc contractu facio vt des, ab aliis innominatis diuerſam ſtatuendi rationem hanc eſſe arbitratur: quòd in illo non ſit συνάλλαγμα, id eſt (vt ipſe interpretatur) mutuum factum obligatorium. potuit enim factum tuum explicari abſque meo, & ideo præſcriptis verbis non agitur, quod non eſt in

L. Solēt. xv. de præſcr. verb.

Alcia. in l. Labeo. de ver.

contractu Do vt facias, vel do vt des. Sed & in contractu facio vt facias, vltra promiſsionem videri vtrinque interpoſitum mandatum ſcribit. Verùm quæ commutatio, actuúmque viciſsitudo (quã συνάλλαγμα ſignificat) ex hac Alciati interpretatione inter dantem & accipientẽ fore intelligetur? Præterea quid ad producendam de dolo vel præſcriptis verbis actionem, quod de mandato dicit, pertinet? Poteſt ne illud commentum impedire, quo minus regula ab eo tradita, in facio vt facias innominato contractu locum non habeat? Defendi igitur non poteſt Alciati opinio, quæ nec placuit Duareno noſtro. Is enim generaliter colligit ex omni conuentione, cuius propria appellatio iure ciuili prodita non eſt, ſi cauſa ſubſit, id eſt datio vel factum, actionem præſcriptis verbis competere: ſed ſi dolus interuenerit, de dolo agi poſſe. Atque eas ipſas actiones ita concurrere, vt ſit electio actoris vtra experiri maluerit, exiſtimat. Vnde apud Paulum cum ait nullam fore ciuilem actionem, de ea quæ certum nomen certámque formulam iure ciuili proditam habet, interpretatur. Sed hæc ſentẽtia, quam ex Fulgoſio accepit, multis rationibus confutatur: vt verendum ſit, ne non recipi queat. Primum enim præſcriptis

verbis

verbis actionem, ciuilem dici constat: maximè in eo tractatu, qui à Paulo explicatur. Tum imbecilli adeo & ingenio & memoria hunc prudentem I.C. fuisse credi non potest, vt quam modo vocem de incerta actione intellexerit, statim eodémque contextu pro certa vsurpet. Deinde Pomponius in simili specie, dandam de dolo actionem significat, reiecta Aristonis dubitatione, an in factum dari posset, à quo nec Vlpianus longe abest. Denique constat actionem præscriptis verbis, cum ea quæ de dolo est, non dari. Distinguit enim ex Pomponij sententia Vlpianus, vt cum sequestro præscriptis verbis actione agi posit: vel si is non sit soluendo, cum eo qui cum rem tanquam suam defenderet, eam deponi fecit, de dolo. Huc pertinet quòd cum reprehensus fuerit Iulianus, quia prætoriam in factum actionem eo casu competere existimabat, quo ciuilis sufficiebat, multo minus de dolo dabitur vbi hæc præscriptis ver bis competit. Sed quid multis? cum & prætoris edictum, & I.C. ad illud commentarij diserte ostendant tum de dolo actionem dari, cum nulla alia neque ciuilis neque honoraria prodita est. Sunt qui Paulum interpretentur, cum dolus aliquis arguitur, secundum Vl-

L. Permisisti de præsc. verb.

L. Si cum de dolo.

L. Si quis affirma. ix. de dolo.

L. j. de dolo.

piani à nobis relatam diſtinctionem. Sed cùm generaliter nullam omnino ciuilem, id eſt ne incertam quidem, ſed tantùm de dolo actionem dari dixerit: vix eſt vt hæc interpretatio ad I. C. mentem accedat. fictitia autem eſt eorum diſtinctio, qui non aliter cõtrahi συνάλλαγμα exiſtimãt, actionémq; præſcriptis verbis dari, quàm ſi mutuum negotiũ inter vtrunq; geſtum ſit, ex quo aliquid ad contrahentes acceſſerit, ideóque hanc exceptionẽ Paulo adiiciũt. Sed nõ video qua ratione defendi poſſit, cùm à nullo I. C. tradita ſit, & generaliter negantem illius opinionem nimis reſtringat. Præterea apud Vlpianũ Labeo συνάλλαγμα ſeu contractum vltro citróque obligationem eſſe ſcribit, mutuúmque, ſolum conſenſum & vinculum, non autem mutuam vtilitatem requirit. Equidem doctis viris tantùm otij fuiſſe miror, vt his nugis ingenium ſuum explerẽt. Sed (vt dicã quod ſentio) prius quædam horũ de cõtractuum natura dicẽda mihi eſſe arbitror: his enim cognitis tota facilius quæſtio explicari poterit. Atque primùm intelligendum eſt quoſdam eſſe contractus, qui proprium nomen habẽt, alios qui in generali contractus appellatione remanent, qui omnes actionem pariũt, propter συνάλλαγμα quod ipſis ineſt. De nominatis

d. L. Solent.

l. Labeo. de verb. ſignif.

minatis dicam alio loco: nunc de innominatis dicere ſtatui. Vlpian. noſter hanc quam ex eo didicimus ſententiam, Ariſtonis authoritate confirmat. is enim contractum eſſe, ex ea conuentione, cui cauſa ſubeſt (quanuis innominata ſit) συνάλλαγμα, vnde hæc præſcriptis verbis naſcatur actio, ſcribit. Sciendum eſt igitur quid ſit συνάλλαγμα. Et certè græcis (à quibus hoc nomen accepimus) συναλλάττω idem ſignificat quod nobis commuto: vnde συνάλλαγμα dici rectè poteſt, mutuum commercium, & vt ait Labeo, vltro citróque obligatio. Hæc enim obligationis viciſſitudo, mutua quadam tractatione ciuilem reciproci negotij commutationem oſtendit: vnde mutuum vinculum naſcitur, quod contrahentes inuicem ligat. Et certè (vt ait Ariſtoteles) omnia quæ in cõmercium veniunt, debent quodammodo mutua commutatione fungi. Sed hæc ita intelligenda ſunt, vt tamen ex omni contractu ſibi inuicem obligari contrahentes non ſemper dicamus. Nam in his innominatis contractibus, qui aliter iniri non poſſunt, quàm ſi cauſa ſequuta ſit, negotiúmve (vt ait Vlpianus) interuenerit, id eſt datum vel factum aliquid fuerit: is ſolus obligatur, qui viciſsim dare vel facere tenetur. Verùm hanc vltro citróq; obligatio-

Ariſtoteles lib. v. de morib.

d. L. Solent.

nem ex consensus vicissitudine,ita interpretemur:vt inter ipsos quidem contrahentes inuicem aliquid factum fuerit,atque ita mutuę fidei mutuíque consensus vinculo adstricti videantur, sed & reciprocæ rerum tractationis nexu(vt in emptione venditione & similibus) obligentur. Atque ita Labeonem obscurè & succinctè loquētem explicare soleo. Mutuum quidem negotium,cuius quædam quasi commutatio inter contrahentes fit, omnibus in cōtractibus , etiam in iis qui nomen proprium non habent,versatur. Aliquid enim datur vel fit,vt vicissim fiat vel detur . vnde ex innominatis hæc pręscriptis verbis actio nascitur,quę ita appellatur,quia conceptis pręscriptísque in factum verbis ex iure ciuili datur, ad formam & similitudinem legitimarum actionum,quæ certæ sunt. Mirum est igitur quid sit, quod Paulus ex contractu facio vt des, nullam dari ciuilem actionem, sed de dolo dixerit, cum ex cæteris eam competere,nisi dolus arguatur,& ipse & cæteri I.C.scripserint: & huius contractus facio vt des explicatio , in eo qui est do vt facias contineatur, quia ex solo (vt ita dicam) conuentionis implemento id est ex negotio & causa præcedente, an dandum vel faciendum sit iudicatur. Sed & multo magis, qui fecit ad dandum

Interpretatio d. l. Labeo.

Toto ferè titu. de præscrip.ver.

dandum actionem habere debet:cũ dari quod promissum est semper posse omnibus placuerit. Præterea multis in locis hāc præscriptis verbis dari actionem legimus. vt non temerè suspicentur quidam corruptum esse Pau.locum. Mihi certè propius inspicienti & huius cōtractus cum do vt facias affinitatem cogitanti, visum est ipsum Pauli locũ intelligi rectè posse, si totũ contextum vt cohærere debet, coniungamus. aduersatiua enim particula, quod, cũ versiculum, ex superioribus pendere ostendit: hoc sensu dedi tibi seruũ, vt seruum tuum manumittas (hic est cōtractus do vt facias de quo distinguit Paulus) Quod si manumisi seruum vt tuum mihi des, & cessas dare: de dolo dabitur actio, quia ipsa cessatio moram tuam dolúmq; arguit. Et ideo cùm dolus interuenerit. non est ciuilis danda actio. Est igitur maximè notandum, quod dicit cessas, non autem non potes dare. astutum enim obligati consiliũ qui frustratione & iniusta dilatione rem, quam potest dare, denegat, eum dolo non carere ostendit: nec minus quidem quàm si sciens rem alienam dederit. Quare generalem regulam non tradit Paulus. sed speciem pręcedenti cōiunctā atque cohærentem tractat, vt diuersum in hoc contractu, quàm in cæteris innominatis sta-

tuendum non ſit, perpetuóque locum habeat
d.l.Solent. Vlpiani regula:vt ſi cōuentio negotiū habeat, ex ea ciuilis actio poſsit oriri, id eſt præſcriptis verbis:vbi verò dolus aliquis arguatur,de dolo competat. Hæc eſt mea opinio, quam pluribus verbis nunc illuſtrare non ſtatui: cùm libro tertio de actionibus & iudiciis dicturum me pollicitus ſim. Sed ne innouandi curioſus videar, ſi quis Pauli Caſtrenſis, puri, docti & ſubtilis interpretis ſcripta legere voluerit, intelliget ipſum eodem fere modo I. C. enarrare, ſed adeò frigidè & ieiunè, vt eius interpretatio ab omnibus meritò exploſa videatur. Sed illi non intelligebant Paulum vno orationis progreſſu connexas horum contractuum quæſtiones tractaſſe.

De pactis in rem & in perſonam, diſſolutæ quædam antinomiæ. Cap. viij.



Actorum quædā in rem eſſe, quædam in perſonam ſcribit Vlpianus. Et in rem ea ſunt, quæ generaliter concipiūtur. In perſonam verò quæ certæ perſonæ nomen continent. Quæ differentia vt intelligatur, non ſolùm verba paciſcentium, ſed mens quoque & ſentētia ipſorū ſpe-

ſpectanda eſt. Et ideo nō tam ex verbis, quàm ex mente conuenientium æſtimandum eſt, an ad rem, an verò ad certam perſonam pacta dirigantur. Horum pactorum eam eſſe ex I. C. libris differentiam collegi, quòd in rem concepta ad hæredes tranſeant, proſintque omnibus, quorum obligationem diſſolutam eſſe, eius qui paciſcebatur interfuit. Quæ verò in perſonam ſunt ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad hæredem, Labeo ait. Has duas regulas variis exemplis illuſtrari in noſtris iuris Romani libris legimus. Sed de quibuſdam inter ipſos authores non planè conuenit. Scribit enim Paulus, cum poſſeſſor alienæ hæreditatis pactus eſt, hæredi (ſi euicerit) neque nocere neque prodeſſe pleroſque exiſtimaſſe. quorum ſententia non eſt ſine ratione. Nam vt alteri paciſci non licet, ita nec alienæ rei. Non enim vtile eſt pactum ad alias res aut perſonas, quàm quę eo comprehenduntur extēdere. Verùm idem ipſe Paulus lib. vij. breuis edicti, magis eſſe dicit, vt fideicōmiſſario, cui reſtituta eſt hæreditas, vel ei qui euicit, decernenda pecuniæ conſtitutæ actio ſit. Equidem ſibi ipſi Paulum ita conciliare poſſem, vt vno loco aliorum ſententiam retulerit: altero verò ex ſua perſona reſponderit. Sed hæc ſolu-

L. Tale. l. Epiſtola. de pact.

L. Tale. l. & hæredi. de pact. L. Idem. de pac.

L. Si tibi. de pac.

L. Si vnus. §. Ante. de pact.

L. Si poſt. de conſtit. pecu.

tio infirma eſt, nec ſatis I.C. digna. Conſtat autem inter pactum & cõſtitutam pecuniam, multum intereſſe. Nam in pactis ſolum factũ id eſt, id de quo pacti ſunt cõuenerúntque illi, quorum de pactionis viribus agitur:ius autem nullum vertitur:& ideo ipſum factum ſeruat Prætor:ſed in conſtitutæ actione pecuniæ,quã is ex ſua iuriſdictione introduxit,ius verſatur, latiórque interpretatio requiritur. Nec tantũ quod ſummo iure venit, ſed etiã, quod ex naturali æquitate potius eſt,obſeruatur.Ideóque non temerè dixit I.C.(magis eſt) quaſi ſignificare voluerit, hoc propius ad actionis naturã accedere.Huic ſpeciei affinis eſt illa,quã Dioclet. & Maxim. in difficili reſcripto ad Dominam tractant.Si actionem,inquiunt,legati vel fideicõmiſſi, quam aduerſus hæredes quondã mariti tui habuiſti,te affectione hæredum aliis remiſiſſe probetur: exceptionem pacti, contra debitores inſtituenti actiones nocere tibi minimè poſſe intelligis. Ex hoc placito communior interpretum ſententia colligit,pactum cũ quibuſdam hæredibus de non petendo factũ, ad alios non pertinere. Quod rectè quidẽ,ſed ad eius conſtitutionis interpretationẽ non appoſitè dici poteſt. Alios qui remiſiſſe explicãt, cõmiſiſſe l. tẽ,qui eã perſequerentur,prætereo.

L. Si vnus. §. pactus ne pete. de pact.

L. Si actionem. C. de pact. interpretatione.

Nam

Nam remittere in ea significatione nemo dixerit, qui Latinè loqui voluerit. Sunt qui comminiscantur rescripsisse Impp. in ea specie, in qua cùm maritus aliquid legasset vxori; & hæredes eius vẽdidissent hæreditatẽ, ipsa hæredibus actionem, quã habebat cõtra eos, remisit. Tum aduersus emptores agere velit. Nec enim prohibetur. Sed multa sunt in hac opinione absurda. Primùm quòd de vendita hæreditate nullum sit in toto rescripto verbũ. Deinde quod aliis dixerint Impp. quibus affectione hæredum vxor fideicommissi actionem remiserat, nec aliter legi ipsa orationis dispositio ferat. Equidem (vt quod sentio explicem) eius cõstitutionis speciem esse huiusmodi arbitror. Maritus aliquid vxori legati aut fideicommissi nomine reliquit, ad quod illa persequẽdum aduersus quoscunque debitores actionem habet. Sed si hanc ipsa actionem aliis quàm hæredibus, & veris debitoribus (qui tamen debitores existimabantur) hæredum affectione, id est, cum hæredibus, quos illi fortè conuerant fauere vellet, remiserit, nõ excludetur pacti quod in personã conceptum est (nam conuenit à certis personis se non petituram) exceptione, si contra veros debitores experiri velit. Atque ita alios extraneos interpretor, qui ne-

que hæredes, neque debitores sunt, & pactum cum eis factũ ad alios non pertinere existimo: quia hæredum fauor in eo versatur, qui ad eos extendi non debet, de quibus nullo modo cogitatum in paciscẽdo fuerat. Est etiam non leuis inter Paulum & Florentinum in hac quæstione controuersia. Scribit enim ille prius pactum fideiussoribus de non petendo factũ, per posterius elidi. Hîc verò semel acquisitam fideiussori pacti exceptionẽ, vlterius inuito extorqueri non posse ait: adeò vt per pactum posterius, ei prioris vtilitas tolli non posit. Com munis interpretum error est, posteriori pacto assensisse fideiussorem. Sed recipi nõ potest cla rum adeò commentum. Neq; enim apud Paulum dicitur, ipsum consensisse, neq; apud Florentinum eo inuito factum posterius pactum fuisse. Generaliter species proponitur, & ratio quam ipse reddit, hoc tantùm significat, nõ tolli prioris pacti vtilitatem fideiussori, nisi iterũ ipse conuenerit: non autem oportere eum contradicere paciscenti reo probat. Ideoque alij subtiliores non requiri fideiussoris inuiti dissensum, vt nõ teneatur, sed ipsum non aliter ex posteriori pacto fideiussisse, quàm si ei con senserit. quæ sententia quãuis suis authoribus vt noua placeat, eadem tamen cum superiori-

L. si vnus. versic. eadẽ. de pact.

L. fin. de pact.

aut

aut certè nō multū diuersa videtur: iisdémque rationibus refelli potest. Quidam acutè Paulum sic interpretati sunt, vt qua ratione prius pactum à reo factū per posterius eliditur, eadem fideiussori prioris exceptio tollatur, si postea de petendo cum eo creditor pactus sit. Sed hæc quidem opinio ad Pauli sentētiā nullo modo accedit. Cùm enim prius dixisset pacti a reo facti exceptionē fideiussori prodesse, & vno eodémque contextu prius pactum per posterius tolli exceptione probasset: subiecit eadem ratione cōtingere ne & fideiussoribus prius pactum prosit. Quibus verbis satis intelligitur I.C. de reorū fideiussoribus loqui. Prçterea si ita pacisceretur fideiussor, pro reo accipiendus esset: & pactum cum eo factum, cum reo factum esse videretur. Nouissimè quidam absurdam, & I.C. inauditam opinionem prodiderunt, existimantes si ante quàm sciat fideiussor pactum, quod reo factum est, paciscatur debitor, vt à se petatur, prius pactum reuocari, & tum ab eo, tum à fideiussore peti posse, quia nondum consensit, neque ratum habuit prius pactum. Equidem hoc commentum doctissimis adeò viris in mentem venire posse nunquam existimassem, cùm statim atque pactus est de non petēdo reus, conuentionis exceptio-

nem quęri fideiussori scripserint I.C.de scientia vel ignorantia illius tacētes. Postremò Paulum ita ex Florentini sententia interpretor. vt ille quidē non simpliciter fideiussoribus, prioris pacti exceptionem non prodesse dixerit, sed eadem ratione qua posterius pactum à reo factum, replicatione, prioris exceptionem tollit, contingere ne prioris vtilitas fideiussoribus prosit. Quibus verbis significat regulā, quod tradit non esse, verùm id contingere in fideiussoribus eadem ratione, qua in reis, cùm ea generalis sit, & posterioris pacti replicatio primā obligationem cui illi accesserant restituat. Voluit igitur Paulus ostendere hanc esse posterioris pacti vim, vt prius tollat, eámque rationem ad fideiussores etiam pertinere, siquando contingat ipsis posterius pactum nocere. Florentinus autē generaliter scripsit prioris pacti exceptionem tolli fideiussoribus non posse. quia quæsita eis semel vtilitas ipsis inuitis extorqueri non potest. Quare generalem & pro regula quodammodo traditam Florentini decisionem in primis sequi debemus. Quod si exceptio aliqua inueniatur, eam Pauli ratione tueri oportet.

Con-

Conciliatio cap. vij. de pact. & xl. Si cer. pet. Cap. ix.



PActa nuda quæ sola & pura sunt, nullam quæ ad contractum producendum valeat causam, sed meram & simplicem conuentionem habētia, non actionem, sed exceptionem pariunt. Interdum tamen formant ipsam actionem, vt in bonæ fidei iudiciis. Solemus enim dicere pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis. Ea verò insunt quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt. Quę Vlpiani verba quia difficultatem non leuem habent, præterire non possum. Ea Duarenus noster explicans, ingressum contractus initium interpretatur. Sed quàm rectè, ostēdit subtilis & acuta eius ratio, qua euadere nititur, ne non verè sensisse videatur. Hanc enim particulam (id est) non definire in hoc loco, sed paradigmaticam esse dicit. Verùm quo fuco suam palliat opinionem, defendi ea nō potest. Nam pactum quod inesse dicitur, nunc ab initio factū, nunc in continenti adiectum, nunc subsequutum esse legitur. Ex quo satis constat, non tantùm in initio contractus, sed in alia etiā parte, adeóque in fine quod fit pactum, in ingressu fieri: & I.C. particulam, id est, præcedētis ver-

ficuli explicandi gratia adiecisse, quasi dicere voluerit, ea contractibus inesse pacta, quæ legem contractui dant, vel quæ formant cõtractum, id est, quæ in ingressu, ac cõtinuè & sine interruptione negotij quod cõtrahitur, fiunt. Ingressum enim non introitum, & gradiendi initium tantùm, sed ipsum etiã gressum significare arbitror, vt egressui opponi quodãmodo videatur. Atque ita vsurpari à Cicerone le
Lib. 3. Off. gimus. Quod omnibus est sciendum, qui vitã honestam ingredi cogitant, id est, vitæ hone-
De Orato. stæ incessu progredi. Et alio loco. Tãtus enim cursus verborum fuit, & sic euolauit oratio, vt eius vim & incitationẽ aspexerim, vestigia ingressúmque non viderim. Ingressum orationis progressum intellexit, non (vt existimat Alciatus) ingresionem, cui contraria est digresio. Itaque ingressum contractus dici con stat, cùm graditur, ambulat, incedit, & (vt vno verbo dicam) fit contractus, nec adhuc omnino absolutus & perfectus est. Quod autem di ximus pacta, bonæ fidei iudiciis inesse, sic est accipiendum, vt si quidem ex cõtinenti subsequuta sint, etiam ex parte actoris insint, actionémque informent. si ex interuallo, distingua tur, an sint ex natura contractus, an verò extra ipsius substantiam, tantúmq; circa eius adminicula

nicula versentur. Illo enim casu inerunt, hoc verò minimè, vt eleganter Papinianus & Vlpianus distinxerunt. Ex parte veró rei semper insunt & actionem quidem, quam ex contractu ipso iure habet actor, ope exceptionis tollunt. Quòd si pacta contractui legem & formam dent, multo magis ipsum reformant atque renouant. Sed quæ sit illa forma quam ex pacto accipit contractus, dubitant interpretes. Duarenus (quem iterum honoris, vt ipsius eruditio authoritásque postulat, non contumeliæ causa nomino) ex pactione, quæ contractui inest, actionem præscriptis verbis dari existimat. Sed quàm rectè, aliorũ sit iudicium, nec enim de doctis tanti viri meíque præceptoris opinionibus, meum est definire aliquidque statuere. Verius autem est ex pacto ipso non dari actionem. Pactum enim, quod inesse contractui dicitur, est quædam ipsius pars, & quasi conditio, quæ legem ac formam cõtractui dat. Et quod Maxim. Imp. rescribit in bonæ fidei contractibus ex pacto actionem competere si in continenti fiat, eam interpretationem habet, vt ex pacto regulariter nulla detur actio. quod si contractui insit, nascatur quidem, non qua pactum est (sua enim vi inefficax habetur) sed qua vires habet à contra-

L. Iurisgentiũ de. pact.
l. Pacta. de contr. emp.

L. In bonæ fidei. Cod. de pact.

ctu, cui accedit cuiusque legem format, adeò vt si quando danda sit ex eo actio, pacti conditiones prætoriæ formulæ adiiciãtur. Quod enim ad actionis informationem, qua de hic agitur pertinet, id semper referendum mihi visum est ad veterem iudiciorum morem. Dãs enim prætor actionem, iudicémque, certa verborum conceptione totum agendi genus continebat. vt aliquando diximus, & aliàs etiam dicemus. Sed & disertè Pomponius priori ex contractu, natam actionem remanere ostẽdit. vt præscriptis verbis actione (quæ tum demũ cõpetit cùm certum actionis nomen non inuenitur, aut ita de ipso dubitatur, vt cõmodius sit cõceptis in factum verbis actionẽ habere) opus non sit: maximè cũ certum, sit ex contractu (cuius συνάλλαγμα totam suam vim pacto tribuit) actionis nomen. Verùm facilè Duareno concederem præscriptis verbis actionem cõpetere posse, si certum adeò actionis nomen nõ inueniatur. His ita explicatis videamus an idem in strictis contractibus, quod in bonæ fidei dicendũ sit, cum neq; Maxim. Imp. neque Vlpian' eorũ meminerit. Paulus verò tractatã in auditorio Aemilij Papiniani quæstionẽ hãc ita fuisse, vt quanuis ex pacto stipulationi adiecto nõ nasci actionem quidã existimauerint,

l. Tenetur. de act. emp.

L. j. de præs. ver. l. Qui seru. §. vlt. eo. titu.

rint,contraria sententia obtinuerit, quam ipse aliis locis probauit,& Dioclet. & Maxim. sequuti sunt.Præclarè(mea sentẽtia) Duarenus noster Vlpianum hîc de bonæ fidei tantùm iudiciis,suã protulisse opinionẽ, de cæteris apertè nihil definiisse,ideóq; Paulo minimè aduersari scibit.Quãuis enim suspicari aliquis posit Vlpianũ fuisse,qui Paulo contradixerit, cũ simul ambo Pap.assessores extiterint,vix tamen credẽdũ est Tribonianum in Pand. dissentiẽtes adeò sententias retulisse, cùm nõ timidè ac diffidenter(vt quidã nugatur,Paulus suam opinionẽ deffenderit.Sed nõ desunt quibus placeat pactũ stipulationi adiectũ,ei aliter nõ inesse,quã de si iis interponatur,quę naturã & substantiã contractus respiciunt. verũ illi fallũtur. Nã in specie de qua Paulus disputat, de vsurarum oligatione agitur, quas ex mutui (quod est stricti iuris) natura deberi negat Africanus. Et licet in stipulationem deductæ essent, quia tamẽ sortis obligatio sola renouata erat, nec latè adeò stipulationis vim extendi posse videbatur, qui Paulo contradicebant,renouatam non esse vsurarum obligationem existimabãt:ea sola ratione(vt opinor)quia creditæ pecuniæ natura,vsurarũ præstationes,nisi specialiter promissas nõ recipit Atq; stipulationis

L. Lecta. si cert pet.
L. Itẽ quia. L. si vnus. §. Sed si. de pact.
L. Petẽs. C. de pac.
L. Titius. de præsc. verb.

cõditio ſtricta eſt. Sed nec verius eſſe arbitror, quòd nonnulli inter informare & reformare contractum diſtinguentes, Paulum de reformatione loqui exiſtimant. Commẽtitia enim eſt illa diſtinctio, & Vlpianus eandem vim eſſe pacti in renouando, atque ex parte mutando contractu, ac in ipſo informando ſcribit, doctè & ſubtiliter ex Pomponii ſententia diſputans. Imò ſi propius Pauli mentem perpenderimus, eum de informanda ſtipulatione potius, quã de reformãda agere intelligemus. Subiectum enim ſtipulationi erat pactũ, quod ei ineſſe dicit. I.C. factũ nanq; erat ante eius perfectionẽ conſummationémve, atque in ipſo ſtipulationis inceſſu ingreſſúve (vt Vlpia. noſter loquitur) præterea tota ſtipulationis forma mutatur, dies quoque (quem ſicuti ſummam partẽ eſſe ſtipulationis dicit Vlpianus) ſortis, vſurarúmque præſtandarum obligatio renouatur, ita vt legem ſtipulationis formatam rectè quis dixerit. Denique. I.C. indifferenter nunc informare, nunc mutare, renouare, reformaréve dicunt. Nam cùm pacto informatur contractus, prior eius lex & forma mutari, renouari atque reformari quodammodo videtur. Itaque ex Pauli & aliorum. I.C. ſentẽtia pactum ſtipulationi ex continenti adiectum, ipſam infor-

L.j. de edẽdo.

for-

formare reformaréque arbitror. Quod si ex interuallo subsequatur, etiam si res sit integra, illudque de his quæ sunt secundum naturam contractus, id est quæ etiam si non exprimantur insunt tamen, interponatur: stipulationem actionémque ex ea non informat. Ita enim disertè inter bonæ fidei, & alium, id est stricti iuris contractum ex Iuliani sententia distinguit Vlpianus. Sed & cum duo (inquit) hæredes emptori extiterint, si venditor cum altero pactus sit, vt ab emptione recederetur (re scilicet integra: loquitur enim de reformando pro parte contractu) ait Iulianus valere pactionem, & dissolui pro parte emptionem: quoniam ex alio, id est stricti iuris contractu paciscendo, alter ex hæredibus acquirere sibi potuisset exceptionem. Ita subtiliter argumentatur Vlpia. si ex stricti iuris contractu detur exceptio, quæ si ex contractu agatur, ipsum pro parte elidet, alterúmque ex hæredibus tuebitur: multo magis bonæ fidei contractus pro parte dissoluetur, ipsóque iure vltra reliquam partem peti nihil poterit.

d. l. Iurisge. §. adeo. in fin.

De testamentis. Cap. x.



VLtæ sunt graues & obscuræ in testamentorum tractatu quæstiones, quarum pręcipuas explicare statui. Sed prius quid sit testamentū, intelligēdum est. Vlpianus noster illud voluntatis
L.j.de testa. nostræ iustam sentētiam, de eo quod quis post mortē suam fieri velit definit. Iustam verò sententiam interpretor, iure factam. Nam qui domi testantur, iuris solennia debent obseruare. Qui verò in exercitu, ex militū priuilegio de rebus suis sine aliqua solēnitate disponunt, etiam iure testātur, iustâque eorū sententia, tanquam ex legis præcepto constituta dici potest. Sed & iustum seu legitimū appellare ob id testamentū possumus, quòd in codicillis, in quibus etiam de rebus suis sententiā ac voluntatē suam scribit testator, iuris solennia minimè requirantur. quæ tamen si in testamento defuerint, illud non iure factum relinquunt. Verùm
L. j. de iniust.rup.etc. sententiam, testatoris quoddam decretum, placitum, & vt in Vlpiani epitome legitur, contestationem interpretari soleo. Dicitur enim
In Vlpia. frag. & l. Qui testamento. §. veteres.de testam.inst. it. de testa. ex eo testamentum, quòd testatio voluntatis, mentis animíque nostri sit. Prima quæ mihi occurrit in solennitate testamēti difficul-

tas

tas, eſt de annulo ſignatorio. Quibuſdam enim placuit, non modò annulo, ſed quolibet alio ſigno & impreſſo ſignari poſſe teſtamentum. Cùm tamen Vlpianus magis eſſe, vt tantùm annulo quis poſsit ſignare, dum tamen habeat characteres, ſcripſerit. Et Iuſtinianus annuli tantùm meminerit. Equidem mihi perſuadere non poſſum, quid eos mouerit, vt à I.C. & Imp. opinione diſſiderent. Rationes enim quibus ſuum probare commentum nituntur, contra ipſos faciunt. Si enim teſtibus alieno annnulo, vel etiam eo qui teſtatoris eſt, teſtamẽtum ſignare liceat: non eſt eis permittendum vt alio ſigno vtantur: cum ipſis omnibus vnus annulus ſufficiat. Voluerunt certè iuris authores, veterem ſignandi morem obſeruari, neq; alio impreſſo ſignari teſtamenta, quã eo, cuius antiquiſsimus erat vſus. Nam cùm ſignãdi cauſa reperti ſint annuli, ſculptáque in eis cuiuſq; ſigna, his tantùm vſos fuiſſe veteres, Plinius alíique magni nominis viri teſtantur. Sunt etiam multæ de adhibendis in teſtamento teſtibus controuerſiæ. Nam quod à Iuſtiniano definitum eſt in ſuis inſtitutionibus, facilem non habet interpretationem. Teſtes (inquit) adhiberi poſſunt ij, cũ quibus teſtamenti

L. Ad teſtiũ. de teſtam.

Titu. de teſtam. ordin.

factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſeruus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is cui bonis interdictum eſt, neque ij, quos leges iubent improbos inteſtabiléſque eſſe: poſſunt in numerum teſtium adhiberi. Non videtur hæc commoda. Iuſt. exceptio. Non enim omnes, qui à regula, quam ipſe tradit, excipiuntur, æquo iure cenſeri conſtat. vt quid ſit teſtamenti factio definire aptè quidem & ad hanc quæſtioné appoſitè vix poſſis. Nam ſi cum Caio teſtamenti factioné, teſtamenti faciendi ius interpretemur: aut mulier, quæ teſtandi facultaté habet, aut impubes & alij quibus teſtamenti factione interdictum eſt, non rectè excepti dicentur. Nã oportet exceptionem hanc interpretari, vel de iis, qui licet teſtaméti factioné habeãt, teſtes tamé adhibere nequeunt, vel qui teſtaméti factionem nõ habent. Quod ſi cũ Põponio eos teſtaméti factioné habere intellexerimus, qui licet teſtamétũ facere non poſsint, attamé ex teſtaméto ſibi vel alijs acquirere poſsũt, defédi nõ poterit cõmunis D.d. error qui exiſtimãt carminis famoſi dãnatũ qué Senatuſconſulto expreſsũ eſt inteſtabilé eſſe, ex teſtaméto capere nihil poſſe: cũ tamen cæteri qui teſtes adhiberi non poſſunt ſibi vel aliis acquirant. hæc auté interpretatio ad Iuſt. ſententiã propius accedit, vt teſtaméti

L. Qui in poteſt.
L. Eius. qui teſt. fac. poſſ.
L. Filiusfa. Qui teſt. fac.

factionem habere dicantur illi qui vel testamenti faciendi facultatem habent, vel sibi aut aliis acquirere ex testamento possunt. Nec enim vera est illa interpr. opinio. Et cum intestabilem, eum qui ob crimen famosum damnatus est dicit Vlpianus: interpretationẽ subiicit. Ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis: non addidit, nec ex testamento capere. Præterea in numerum testium adhiberi mulierem non posse omnes iuris authores scripserunt, quanuis aliàs testis esse possit. Huius autem prohibitionis ratio quam interpretes anxiè quærunt, ea mihi esse videtur quia cùm non priuati sed publici iuris sit testamenti factio, publicis autem & solennitatem requirentibus mulieres adhiberi actibus nequeat: eas prætor testes noluit esse in testamento: & certè antiquum Romanæ ciuitatis morem ipsum obseruasse existimo. Nam nec solitum nec honestum fuit in his cœtibus mulieres interuenire in quibus testamentum vel in procinctu vel calatis comitiis fiebat. Seruus etiam testis esse non potest, quia iuris ciuilis communionem non habet in totum, sed ne prætorij quidem edicti. Quod si eo tempore quo testamentum signabatur, omnium consensu liberi loco habitus

L. Is cui. Qui testamen.

Iustin. titu. de test. Vlpia. l. Qui testamento. §. Eũ qui. Qui test. fac. L. iij. Qui test.

d. §. Eum. qui. L. j. C. eo.

ſit:rectè teſtis eſſe poterit: quamuis ſeruus inueniatur cum ſigna recognoſcuntur. Nam teſtium conditionem tunc inſpici debere, quum ſignarent, non mortis tempore, ſcribit Vlpia. Et quod Adrianus ſcribit, nec quiſquam eis vſque adhuc ſtatus controuerſiam mouerit. communem errorem non tuetur. De ea enim ſpecie conſultus in qua etiam poſt ſignatum teſtamentum nulla ſtatus ſeruo mota erat controuerſia, hanc clauſulam vt minor dubitatio eſſet adiecit, idem alioqui reſcripturus ſi poſt teſtamentum in ſeruitutem peterentur teſtes: vt eleganter doctiſsimus I.C. Viglius probat. Cæterùm filiusfamilias & alij qui ſunt in teſtatoris poteſtate, teſtamento adhiberi teſtes non poſſunt. reprobatur enim (vt ſcribit Iuſtinia) in ea re domeſticum teſtimonium: ideóque teſtatoris frater non recipietur. Quamuis enim ipſius poteſtati non ſit obnoxius, eſt tamen ex eadem domo & familia: vt doctè & ſubtiliter oſtendit Duarenus noſter. nam mihi nunquam Theophili interpretatio placuit qui domeſticum teſtimonium accipi οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος, id eſt non ex conſanguinitate ſed ex vnitate ſubiectionis ſcribit. verius enim eſt domeſticos dici teſtes qui ex eadem domo & familia producun-

d. L. Ad teſtium.

cuntur. nostram sententiam confirmat Vlpianus. cum enim ex Marcelli authoritate dixisset patrem eius qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testem posse: subiecit. Et frater ergo poterit. ostendens fratrem æquo iure cum eo censeri, qui testis alioqui non admitteretur. Vnde à contrario colligi facilè potest, fratrem qui ei testamento accedit testis in quo iuris solennia non requiruntur, aliis regulariter non adhiberi. Scriptus quoque hæres in eo testaméto inquo à testatore instituitur, testis esse nõ potest, quod & in legatario, & in eo qui tutor scriptus est, contrà habetur. Huius diuersitatis rationem tradit Iustin. quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. quanuis enim ex testamento lucrum sentiat legatarius, videatúrque in causa propria testimoniũ sibi quodammodo dicere: tamen quia vis testamenti tota inter testatorem & hæredem versatur, atq; in testamentis ordinandis principale ius in hæredis institutione positum est, ideo is cum iuris sit successor, testis esse non potest: ad testamentum verò legatarius testis adhibetur, vt valeat hæredis institutio: quæ si nulla esset, testamentum rumperetur, sed firmo manente d. L. Qui testam.

testamẽto iam non testis loco habetur legatarius, nec ex suo testimonio sed ex testatoris sententia quod ei relictum est accipit. Hæc si perpendissent interpretes, non ad vanas & inutiles, nouas & I. C. inauditas rationes animum conuertissent suum. Fauor enim & singulare ius testamentorum aliud requireret, cùm mulier quæ aliàs testis esse potest, illis faciendis nõ adhibeatur, plus etiam aliquando legatarij ex testamento accipiunt quàm hæredes. Possunt quoque legatarij omnes testes esse. Sed nec scripturæ probatio magis est pro ipsis legatariis, cùm si nulla esset alia ratio, viderentur ea in suam vtilitatem scriptura quam suo testimonio approbauerant vti. Præterea quanuis scriptum non sit testamentum: verius tamen est quod quibusdam contra vulgarem D. d. errorem placuit, legatarios etiam ad testimoniũ admitti. Nec enim Iustinia. nec vllus I. C. inter scriptum & nuncupatiuum testamentum distinguit. Sed eos statuere idem in vtróque voluisse probabilius est. Nam generalis est illa ratio quæ eos à testimonio dicendo reiici non permittit, quia scilicet non sunt iuris successores, nec sibi testimonium dicunt. Superest in testamento formando non leuis controuersia. Nam cùm vno contextu actionis testari

oporteat,

oporteat, sitque vno cõtextu, nullum alienum actum testamento intermiscere: vitiari testamentum posse videtur, si ei contractus interuenerit: cum tamen Vlpianus testamẽto quoque pignus constitui posse scripserit, atque omnes fere interpretes intermistum testamento contractũ valere existiment. Equidem tanti hanc opinionem non feci, vt aliam explodendam esse arbitrer. disertè enim iuris authores alienum actum esse significãt, cum quid extra substantiam testamẽti interuenit: adeo vt eius contextus interrumpatur. Ita etiam vnicum stipulationis contextum illos interpretari ostẽdimus. Sed quid à testamento magis alienum est quàm contractus? hic mutuum duorũ pluriúmve consensum, illud verò vnius sententiã requirit. Multum refert an quis se ipsum obliget, an verò suam volũtatem, de eo quod post mortem suam fieri velit declaret. Nam statim ligat cõtractus, nec vllum resipiscendi locum relinquit: verùm ad mortem vsque testatoris voluntas ambulat. Quod autẽ Vlpia. scribit de pignore, nostram non infirmat sententiam: alienam verò minimè iuuat. Nec enim pignus constituens testator, vel rem pignoris nomine tradens, vt securior is sit cui aliquid relinquit, extraneum actum immiscet.

L. Heredes eo. *L. Non est mirum. de pig. act.*

L. Si pecuniã. de cõd. ob. caus. L. iiij. de adimen. leg.

An ad alium casum producatur interpretatione testatoris voluntas. *Cap. xi.*



COmmodissimè (inquit Pomponius) is qui nondum natus est, ita hæres instituitur, siue viuo me, siue mortuo natus fuerit, hæres esto: aut etiã purè neutrius tẽporis habita mẽtione. Si alteruter casus omissus fuerit: eo casu quo omissus, natus rumpit testamentum, quia ne sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur: qui in hunc casum nascitur qui non est testamento comprehensus. Ex hoc Pomponij responso vulgus interpretum colligit prouisionem in vno casu factam, ad alium omissum non produci. Sed est Iustiniani quædam constitutio quę aliud statuit. Veterum enim iuris interpretum altercationes decidẽs sancit mortis casum continere etiam eum qui viuo testatore contingit, quanuis expressus non sit. Vnde videtur hanc Pompon. sententiam de qua forte alij I. C. dubitabant, sua decisione emendare. Quod facilius reciperem quàm ridicula scholasticorum somnia, qui faciunt næ intelligendo vt nihil intelligant. Sed penitius hanc quæstionẽ perpendamus. Sunt qui existiment in Iustiniani constitutione tempus adiectum diuersum ius inducere. Videtur enim vo-

L. Commodiss. de liber. & posth.

L. vlt. C. de posthu. hæred.

voluisse testator omnes quicunque postea sibi nascerentur, esse hæredes: modò intra spatium duodecim mensium nati post mortem essent. Verùm hæc interpretatio recipi non potest. Nam Iustinianum hanc emisisse constitutionem, vt de facto proposito rescriberet, atq; de decem mẽsium adiectione ius nouum statueret, probabile nõ est: cùm sit vna de quinquaginta decisionibus quas post primam Codicis editionem scripsit Lampadio & Oreste C.C. vel post eorum consulatum ad decidẽdas I.C. sententias. Quis autem est qui antiquam prudentum altercationem in eo tantùm positam fuisse existimet, an tempus duodecim mẽsium nouum aliquod ius inducat? cùm ipsi non ignorarent adiici hanc clausulam, si intra decem mensium spacium post mortem meam editus fuerit, hæres esto, ex more à testatoribus solitam fuisse. vt etiam Gallus in sua formula illam expresserit. Itaque explosis aliorum opinionibus, quas doctè & subtiliter confutauit Carolus Ruinus. Equidem ex Iustiniani constitutione Pomponium interpretor, trahẽs quodãmodo legem posteriorem ad priorem. Dixit generaliter Pomponius institutum in casum vitæ aut mortis hæredem, in alterutro videri omissum. Sed hanc senten-

tiam restringit Iustinianus, vt mortis casus alium comprehendat. Cùm enim quis testatur de morte sua potius quàm de vita cogitat, ísq; solus casus eius animo obuersatur, sed ipsum de alio idem dispositurum fuisse cōstat, si is in mentē eius venisset. Sed & qui tempus mortis exprimit, includere totum spacium videtur, quod est à testamenti tempore vsque ad mortem suam. Qui autem in vitæ tantùm suæ casum testatur, de morte non cogitat: vt facilè non sit illum casum expressum ad hunc omissum extendere. Et certè tota hæc quæstio ex interpretatione & coniectura mentis testatoris maximè pendet. Et hac quidē ratione si in aliis de quibus controuersia est locis, vtamur, facilè sine magna distinctione limitata nostrorum D.d. verbis, legum discordias componemus. Nam quod Papinianus scribit, si pater Seuerinam Proculam Aelio Philippo nuptiis testamento designauerit, eíque si nupserit, prædium reliquerit, aut si nubere noluerit, ipsi Philippo: nondum autem viripotens puella diem suum obierit: conditionem extitisse non videri: ex testatoris mente interpretationem habet. Nam (vt ipse inquit) in conditionibus testamentorum volūtatem potius quàm verba considerari oportet.

L. Pater Seuerinam. de cond. & demonstr.

Enarratio

Enarratio cap.iij. Qui testamen. facere poss. &c. Cap. xij.

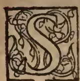


Testamenti factio nõ priuati (inquit Vlpia.) sed publici iuris est: ideóq; forma eius priuatorum pactis non læditur. Certam ius ciuile faciendi testamenti formam præscripsit, certis personis testãdi facultatem concessit, aliis denegauit. Et hoc quidem ius publicè statutum & testãtium voluntates conseruat, & omnẽ altercandi causam tollit: vt si solenniter factum nõ fuerit, testamentũ iniustum sit. Si autem in eo iuris solennia nõ defuerint, omnimodo valeat. Nam si cuique suo arbitrio qua vellet forma testamentum facere liceret: in infinitas altercationum confusiones raperetur suprema testatoris volũtas. Præterea quotidie inter ciues cùm nouam quisque formam excogitaret, eámque tueretur, tragœdiȩ excitarentur. Quod autem dixerim ius Romanum solennitatem præscripsisse, non eò pertinet, vt cui persuadere velim faciendi testamenti originem ex Quiritum iure proficisci. Nam memini aliàs probasse me testamenta iuregẽtium introducta fuisse. Cùm ergo illa testamenti faciendi facultas non priuatam alicuius, sed publicam omnium ciuium causam respiciat, non potest pacto eius

forma mutari, nec qui testari prohibentur ex-
cōuētione admitti possunt. Vnde filiusfa. quã-
uis ex cōsensu patris ĩ cuius est potestate, mor
tis causa donare posit: testari tamen prohibe-
tur. Nec enim patris voluntas id filio permit-
tere potest, quod ipsum ius denegat, atque ex-
presse prohibet. Et patri quidem, filio donanti
cōsentire licet: solennium verò incapacem sua
potestate contra iuris publici formam filium
solenni adeò actui aptum reddere non permit
titur.

L. Tam de do. causa mortis.

De substitutionibus.
Cap. xiij.



SVbstitutionis latissimè patet appel
latio. Nam res omnes quæ in alia-
rum locum subrogantur, substitui
dicuntur, vt non ineptè fideicōmis-
saria substitutio appelletur. Sed cùm de hære-
dis substitutione loquimur, alias omnes exclu
dimus. Vis autē verbi huius est subtus statue-
re. Nam qui substituitur, secundo loco & gra
du, atque in ima (vt ait Suetonius) cera statui-
tur. Verùm instituere significat ponere & col-
locare. Cicero ad Att. lib. ij. Vectium iudicem
in rostra produxit, eúmq; in templo illo inau-
gurato instituit, quò Bibulo aspirare non lice-
ret.

ret. Sic ille omnia quæ voluit de Repub. dixit, vt qui illuc factus institutúsq; venisset. Est igitur substitutio hæredis post priorem institutũ collocatio, atq; vt elegãter Caius scribit, Substitutio est hæredis secũdo gradu, vel deinceps institutio. Vtraque definitio cõuenit. Nã substituti etiam instituti dicuntur, non à I.C. tantùm, sed ab aliis qui de lingua Romana bene meriti sunt. Sueto. in Augusto. Hæredes instituit primos (ait) Tiberiũ ex parte dimidia & sextante, Liuiam ex parte tertia, quos & ferre nomen suum iussit: Secundos Drusum Tiberij filiũ ex triente, & ex partibus reliquis Germanicũ: liberósque eius tres sexus virilis. Tertio gradu propinquos amicósque complures. Itaque non satis doctos esse illos constat, qui nouas & ineptas substitutionis definitiones excogitant, hanc verò quę ipsorum est I.C. reiiciunt. Diuiditur autem in duo summa genera substitutio. Nam quædã est vulgaris, quædam pupillaris. De militari non meminit Digesto. titulus, quia multa sunt in ea priuilegia, quæ ex iure faciendi testamenti militibus con cesso pendent. Est & alia species, quam humanitatis intuitu Iustinianus ad exemplum pupillaris induxit vulgus. interpretum, barbarè exemplarem: elegãter quasi pupillarem Dua-

Caius in Inst.

renus appellare solet. hæc est summa & simplex diuisio. Multæ sunt aliæ, quarum formæ cum illis tanquam oppositæ non contendunt, sed separatæ sunt. Est enim quædam substitutio simplex, quædam duplex. Item alia expressa, alia tacita. Deinde quædam compendiosa, quædam non compendiosa. Quartò alia reciproca, alia non reciproca. Possunt denique colligi ex libris I.C. plures aliæ, sed de iis cùm dixero, parũ in hac quæstione relinquetur, quod interpretationem desideret.

De vulgari substitutione ad cap. j.

HAeredis substitutio aut duplex est, aut simplex (inquit Modestin') Simplex est, veluti, Lucius Titius hæres esto: si mihi Lucius Titius hæres non erit, tunc Caius Seius hæres esto. Caius Seius qui est secundus hæres, vulgariter substitutus dicitur. Omnium enim qui testari possunt cõmunis est hæc substituendi forma, vt finiri hæc substitutio rectè posit, secundi hæredis vulgariter facta institutio. Non est autem cum interpretibus errãdum, qui simplicem substitutionem esse existimant vulgarem. Nam & pupillaris quæ sua tantùm forma concipitur, simplex dici potest. Et cùm duplicem esse significet, eam Modestinus

ſtinus, in qua vulgaris pupillari iungitur, dicendum eſt(ni fallor)ſimplicem eſſe vnam ab altera ſeparatam, & ſuis tantùm finibus contentam, nec me mouet quòd potius vulgaris exemplum attulerit I.C. Nam ipſum regulam (vt vulgo dicitur)non reſtringit, melius autē ex hoc Modeſtini reſponſo colligunt, primi hæredis debere inſtitutionem præcedere, ſi nō ordine ſcripturæ, ex ſententia ſanè teſtatoris. Quomodo enim ſubſtituere poſſumus, niſi quis præcedat, in cuius locum, illum ſubrogemus? Ideóque Suetonius ſubſtitutos ſecundos hæredes in Iulio appellat. Et ſub hac quidem conditione ſi is qui inſtitutus eſt, hęres nō erit, fieri & debet & ſolet vulgaris ſubſtitutio. Cuius conditionis eſt interpretatio, ſi ſibi vel alij ſuo nomine hæreditatē ex teſtamēto non adierit. Nā & ſeru' domino, & filius patri illā quęrit: ideóque non prius ad ſubſtitutum peruenit hæreditas, quàm ſi is qui primo gradu ſcriptus erat, eam non adierit. Poſt aditam enim hæreditatem directæ ſubſtitutiones non impuberibus filiis factæ expirare ſolēt. Quod adeò verum eſt, vt quanuis filius qui ſuus & neceſſarius eſt hæres, inſtitutus ſit, cum eóq; videatur anteà continuata hæreditas, tamen ſi non agnouerit eam, ſubſtitutus admittatur: quoniā

L. Cū pro nas. C. de hered. inſt.

L. Poſt aditam. C. de impu. & al. ſubſt.

conditio ipsi necessitatem quodammodo tollit, eúmque voluntarium reddit. Quamobrem hæc est huius substitutionis conditio, vt existat statim atque non inuenitur primo gradu institutus, qui ex testamento acquirere hæreditatem velit, aut possit. quoquo enim modo primus hæres non adiit: substituti suo loco & ordine veniũt: adeo vt si is qui adierat, restitutus sit, abstinendíque beneficium consequutus sit: vtilitatis gratia & propter testatoris voluntatem admittãtur, si necessarij fuerint. Nec enim idem de omnibus sentio.

L. Si filius hæres. de liber. & posthu.

L. Et si sine. §. Sed quod Papiniani. de minorib.

De pupillari substitutione ad cap. ij.

QVi liberos impuberes habet in potestate, ipsis non tãtùm communi modo substituere, sed etiam sub ea conditione si adhuc impuberes mortui fuerint, substituere potest. Et hoc quidem substitutionis genus pupillare dicitur, quod nõ lege aliqua institutum est, sed more quodã introductum. Moribus (inquit Vlpianus) introductum est, vt quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perueniant, fœminæ ad duodecim. Quod sic accipiendum est, si sint in potestate. Cæterùm emancipatis nõ possumus, planè posthumis possumus. Nepotibus

potibus etiam possumus,& deinceps,si qui nō recasuri sunt in patris potestatem. Ex his intelligitur quis pupillariter, & cui substituere posit. Is enim solus qui liberos in potestate habet,hoc modo substituit: ideóque mater non potest. Sed videtur obstare illud quod scribit Africanus. Si mater,inquit,ita testetur, vt filiū impuberem cùm erit annorū quatuordecim, hæredē instituat:eíque in pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valet substitutio. Equidē semper existimaui obscurum esse hoc responsum. quomodo enim dici pupillares tabulæ possunt, cùm in his non instituatur intra pubertatis tempus, nec sub ea conditione si impubes decesserit? Variè hūc locū explicāt interp. inter quos est quidam Politus, qui eam temerè voluit emendare,legens,si pater. Intelligendum autem arbitror hanc substitutionem pupillarem non esse,tum ex matris mente,tū ex eius forma. Nā mater noluit filiū ad hæreditatē venire, nisi cùm quatuordecim annorū esset:vltra quā ætatem nec etiam pater ita ei substituisset. Præterea si filius intra quatuordecim annos decesserit,quia ipse non antè ex testamento hæreditatem adire potest,existit substitutionis conditio, filióq; impuberi substitutus quodammodo succedere videtur: vn- L. Si mater. eo.

de hoc genus testaměti pupillares tabulas I.C. appellat. Nam pupillum hæredem instituit ma ter, & ei si sibi hæres non erit, id est, si intra pubertatem decesserit (nec enim prius hæres esse potest) alium substituit, quæ forma non multū à pupillaris substitutionis conceptione abest. Diximus quis substituere posit: cui autē, videamus: & cōstat patrem filio impuberi, posthumo, nepoti, cæterísque qui sic sunt in eius potestate, vt cùm moritur, nulli sint qui eos in potestate retineant, substituere posse. Sed si inueniantur qui eos præcedant, ipsos instituere vel exhæredare oportet. Ita enim per legem Velleam succedendo non rumpunt testamentum. Nam si principale ruptum sit testamentū, & pupillare euanuit. pupillare enim testamentum pars & sequela est paterni testamenti, ex eóque vim omnem & robur accipit. Itaque si nepoti præterito vel in patris potestatem recasuro facta sit substitutio, ea nō valet. Nam principale testamĕtum in quo nepos omissus est, successioñe atq; agnatione infirmatur, vel substitutio euanescit, quia est filij qui in potestate nepotem retinet, ipse testamĕtum facere. Extraneo autem ita substituere non potest testator, nisi eum in locum nepotis adoptauerit, vel arrogauerit, & filius prædecedat. Pupilla-

ris

ris ſubſtitutionis hæc eſt forma, vt prius ſibi quis debeat hæredẽ ſcribere, deinde filio ſubſtituere. Igitur duo quodammodo facit teſtamenta: vnum ſibi, alterum filio: nec enim ſoli filio poteſt, niſi quis dixerit vnũ eſſe teſtamentum, ſed duarũ cauſarũ. i. duarũ hæreditatum. Verũ in hac quęſtione contrarius ſibi videtur I.C. ſcribit enim conuertere ordinẽ ſcripturæ teſtatorẽ nõ debere, poſtea ſubiicit valere ſubſtitutionẽ hoc modo cõceptã, ſi filius meus intra decimũquartũ annũ deceſſerit, Seius hæres eſto, & deinde filius hæres eſto. Atq; ita cõuerſum eſſe ſcripturæ ordinẽ conſtat. mihi aliquãdo Petri Aurelianẽſis D. diſtinctio placuit, vt ſcilicet conuerſus ex interuallo ſcripturæ ordo ſubſtitutionẽ vitiet: ſi verò vno cõtextu, & ſine tẽporis intermiſsione ea ſcripturæ conuerſio fiat, ſubſtitutio valeat. Hæc enim ſententia cæteris verior eſt, nec vlla ab interpretibus variè ſentiẽtibus excogitari probabilior potuit. Sed propius inſpiciens Vlpianũ hanc non attigiſſe diſtinctionẽ intellexi. Ideóq; exiſtimaui ipſum Iuliani ſententiam, quia reſcripto imperatoris cõprobata erat retuliſſe, eáq; leuiter probaſſe, ne cõtra ſui Imp. placitum ſcribere videretur. Sed quod poſtea aduerſatiuè ſubiicit, ſatis indicat eum aliter ſenſiſſe. Particula enim (Sed)

corrigit præcedentia: & ratio quam ille adfert, contrariam hanc suam opinionem confirmat. Itaq; ea sit definitio & regula. In dispositione principalis ac pupillaris testamenti non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectandus est.

De substitutione tacita, expressa, reciproca, & non reciproca, ad cap. iiij.

EXpressa substitutio est quæ clarè & disertè à testatore fit. Tacita, quæ subintelligitur. Earum naturã ex Modestini responso cognoscemus. Sic enim scribit. Iam hoc iure vtimur ex diui Marci & Veri cõstitutione, vt cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrunq; casum substituisse intelligatur, siue filius hæres non extiterit, siue extiterit, & impubes decesserit. Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur. Nam si pater duos filios impuberes instituat, eósque inuicem substituat, in vtrunque casum reciprocam substitutionem factam videri diuus Pius constituit. Controuersiam aliquãdo in Cẽtumuirali iudicio, an substitutus posthumo, sub ea cõditione, si intra pubertatis annos decesserit, admittatur si posthumum non nasci contigerit, eleganter tractat Cicero. Qua in causa obtinuit Crassi, testatoris voluntatem defen-

Lib. j. de Orat. & in orat. pro Cec.

defendentis ſententia. Diuus etiam Marcus & Verus in non diſſimili omnino ſpecie idem ſanxerũt. Nam ſi teſtator filio impuberi ſub ea conditione ſubſtituat, ſi intra pubertatem hæres deceſſerit, vel ſi hæreditatem non quæſierit, Titius hæres eſto: eorum tantum caſuum vnum exprimens, vtrunque ex Impp. reſcripto intellexiſſe dicetur: vt ſi filius decedat impubes, patri & filio pupillariter ſubſtitut' ſuccedat. Quod ſi hæres non ſit, atque poſt pubertatem moriatur, vulgariter ſubſtitutus ad teſtatoris hæreditatem veniat. Et hæc quidẽ quæſtio voluntatis eſt. Verùm facilè coniicimus patrem, qui filio teſtamentum vt ſibi ipſi fecit, omnes caſus tacitè comprehẽdiſſe: ne quis eorum aut certè vtérque inteſtatus decedat. Niſi apertè defuncti voluntas refragetur: eáve ſubſtitutionis natura ſit, vt vtérque caſus contineri nequeat, quemadmodum ſcribit Alexander Imperator. Sed & ſi quis datus ſit alicui cohæres, eíque ſubſtituatur ſub ea conditione alius, ſi ipſe natus ſit: hic qui vulgaris videtur caſus, ad pupillarem non extendetur, maximè ſi cohęres qui ſuccedere debet, aliqua teſtatori cognatione iunctus, legitimúsve hæres ſit. Cũ enim teſtator cum poſthumo ſuo cohæredem fecerit, videtur noluiſſe legitima filij ſucceſ- L. Quãuis. C. de impu. & al.

ſione ipſum excludere: vt noua ſua conſtitutione decidit Iuſtinianus, quæ licet matrem tantùm reſpexiſſe videatur: generalem tamen decisionem habet, vt in ſpecie propoſita (quã ad ſimiles extendi poſſe iuris ratio permittit) ſubſtitutus excludatur. Itaque duo tacitæ ſubſtitutionis genera ex Marci & Veri conſtitutione profecta ſunt. Vnum cùm vulgaris caſus pupillarem tacitè continet: Alterum cùm pupillaris vulgarem. Et ius quod in his duobus verſatur, ad tertium quoque ſubſtitutionis genus traxit Diuus Pius. Vnde conſtat tria ſubſtitutionis genera hîc tradi: & diſtinctam eſſe à vulgari & pupillari, ſpeciem reciprocã. Quod communi D. D. turbæ facilè perſuaſum eſt. Sed alij ſubtiliores interpretes, Tria hîc tradi à Modeſt. ſubſtitutionis tacitæ genera: quorum tertium eſt, cùm reciproca ſubſtitutio vtranque & vulgarem & pupillarem cõtinet, exiſtimant: qui ſi perpẽdere velint, quod I. C. dicit ad tertium quoque genus tractum eſſe videri hoc ius, quod in aliis duobus conſtitutum eſt: intelligent illum voluiſſe reciprocam ſubſtitutionem ab aliis duabus diſtinguere, & ad illam trahi ex Diui Pij conſtitutione ius quod in his duabus iam definitum erat, tanquam ad aliam ſeparatámque formam dicere.

L. fin. C. de instit. & substit.

dicere. Sed nec eorum probatur mihi sententia,qui notam improprietatis verbo (videtur) significari existimant. Nam reuera tractum est illud ius.Quod si tractum tantùm apparere dicamus : quid ex eo consequetur, vt hoc tertium genus non sit?cùm verbum illud (videtur) ad tractum referri debeat:ad genus autem non possit. Equidem Modestinum aliter interpretor, non enim is de substitutionum diuisione agit, sed obiter tertium genus dixit, significans illud à superioribns duobus non comprehendi, neque de eo à Diuis Marco & Vero constitutum fuisse.Nemo enim ignorat reciprocam substitutionem esse qualitatem quandam,quæ nec vulgaris nec pupillaris naturam respicit.Illámque ab his separatam esse, non vt speciem oppositam,sed vt aliam & tertiam quandam formam substitutionis,sub eis minimè contentam arbitror. Eius exemplum est apud Suetonium in testamento Tiberij Cęsaris. Eo testamento, inquit, hæredes æquis partibus reliquit, Caiũ ex Germanico, & Tiberium ex Druso nepotes: substituítque inuicem. Et Vlpianus, Papinianus, aliíque I. C. eius naturã præclarè explicant. Sed non omitẽdum est quod I. C. dixit verbum commune esse, substituo. Id enim licet facilè intelligi pos-

Suet in Tiber.

L. Qui plures. L. Si plures. l. Cohæredi. l. Lucius Titius. eo.

ſit, à quibuſdam tamen contra I. C. opinionem explicatur. Ideo autem commune (mea ſententia) dicitur: quia tum vulgarem tum pupillarem ſubſtitutionem communiter continet: vt ſi ſimpliciter proferatur, facile non ſit ad vnum potius, quàm ad alterum referre caſum.

Quando pupillaris ſubſtitutio expirat, & quid ſi illa quæ compendioſa dicitur.
Ad cap. vij.

POſtquam decimumquartum annum attigit filius hæres ſcriptus, ſperare amplius non poteſt ſubſtitutus. Iam enim eius eſt ille ætatis, vt de rebus ſuis ſuo arbitrio diſponere poſſit. Sed ſi prius quàm ad eam peruenerit ætatem decedat, admittetur ſubſtitutus: adeo vt ſi cum hæreditatem agnouiſſet impubes, reſtitutus ſit, veniat ille ex teſtamento, etiam ſi ſit extraneus. In quo nonnihil inter pupillarem & vulgarem ſubſtitutionẽ intereſſe videtur. Solis enim neceſſariis perſonis hæc reſtitutio prodeſſe poteſt (vt diximus) quæ vulgariter ſubſtitutæ ſunt. Ipſáſque ex teſtatoris ſen tentia, propter maius iuris vinculum, non alias reſpicit. Verùm quia vſque ad decimumquartum

L. Ex contractu de re iudic.

L. Ait Prætor. §. Sed quod Pap. de mino.

tum annum pupillaris ſubſtitutio durat, nec aditione extinguitur, quiſquis ſit ille qui ſubſtitutus eſt admittitur. Expleta pubertate, verbis ciuilibus facta ſubſtitutio expirat, nec iure quidem fideicommiſſi valet: vt hîc disertè Papinianus ſcribit. Verba autem ciuilia (quæ & legitima & directa appellantur) ea ſunt, quæ iure quodá, lege vel more ciuitatis Romanæ à teſtatoribus hæredes inſtituentibus, tanquam præſcripta atque concepta proferri ſolebant, directóque hæredem ſignificabant: vt ipſe non ex alterius manu ac precariò, ſed ex legis teſtatoríſque authoritate hæreditatē caperet. Et his verbis fruſtra poſt decimum quartum annum pupillaris ſubſtitutio fieret. Eius enim natura eſt, vt poſt pubertatem conſiſtere non poſsit. Poteſt tamen precariis verbis teſtator ab initio ita ſubſtituere, vt intra pubertatem directò, ea autem expleta in vim fideicommiſsi valeat ſubſtitutio: quæ dici fideícommiſſaria poteſt. Hæc autem in vulgarem caſum fieri nequit. quî enim, ſi hæres non ſis, hæreditatem reſtituas? Eam ob cauſam imperator in inſtitutionibus vno capite pupillarem & fideicommiſſariam coniunxit. Verùm ſpeciale militi ius tributum eſt, vt etiam vltra pubertatem ſubſtituere poſsit: id-

L. vlt. C. de teſta. tute.

L. In pupillari. eo.

L. Cohæredi. hoc tit. l. Scæuola. ad S. C. Trebell.

L. Precibus. de imp. & al. subst.

que vel expressa post pubertatem certa ætate, vel compendio, id est non definito & præstituto tempore, sed sermonis compendio comprehenso. quemadmodum Dio. & Max. impp. rescripserunt, quorum constitutionem libro primo enarraui. Et certè vt quod sentio ingenue dicam, non potest dici compendiosa substitutio: nec etiam in Iuriscōsultorū libris legitur, nec in ipsorum Impp. rescripto. Florentinus enim, Noricus, & alij vetusti codices qui manuscripti reperiuntur, non compendiosa, sed compendio habent: ídque latini sermonis lepos requirit. Præterea si quis adeò temerè veterem lectionem corrumpere velit: is certè inuitus concedere cogetur compendiosam substitutionem non distinctum genus esse, verùm expressæ opponi: vt non ineptè quis dixerit, illam sub tacita contineri: vt duę sint tacitæ substitutionis formæ: vna quæ ex mente testatoris colligitur, aut legis interpretatione inducitur: Altera quę militaris testamenti propria est, sermonísque compendio pupillariter concepta incertum tempus comprehendit.

De quasi

De quasi pupillari substitutione.
Ad cap. xlj.

DIximus parentes filijs impuberibus testamentum facere posse, quia illi propter ingenij imbecillitatem de rebus suis disponere nequeunt. Ita etiam si quis puberem filium in potestate habebat, qui vitio aliquo naturæ aut morbo testari non poterat, à principe vt ei facere testamētū hæredémque substituere sibi liceret, impetrabat. Et hoc quidē singulari quodam iure ac beneficio principali cōcedebatur. Postea nouam Iustinianus constitutionem emisit, qua eam substituendi facultatem parentibus concessit: vt ipsos à principe beneficium illud impetrare non oporteat. Quanuis autem hoc substitutionis genus ad exemplum pupillaris introductum sit: ei tamen nō omninò cōuenit. Nam & mulier ita substituere potest: licet pupillariter nequeat. Dicit enim Iustinianus humanitatis intuitu hoc ius parēti qui vel quæ testatur, concessum esse. Conditio autem huius substitutionis est, si is cui substituitur, eo vitio aut morbo liberatus sit.

L. humanitatis. C. de impub. & al. subst.

Quis coniunctorum in iure accrescendi præferatur? Cap. xiiij.



Vàm parum ſim innouandi cupidus, intelliget quiſque, qui me veritatis quàm gloriæ amantiorem eſſe cognouerit. Nec enim à receptis opinionibus, niſi I.C. authoritate coactus recedo. Si quis igitur aliud ſcribere me, quàm cæteri interpretes exiſtimet, miratus antea fuerit: nunc mirari deſinat, & non opinionum authoritatem, ſed rationis grauitatem ponderet. Nam & in hac etiam quæſtione veram I.C. ſententiam ab interpretibus ſuo more exploſam reſtituere cogor. Itaque reiectis ipſorum commentis, ad rem venio. Coniuncti dicuntur illi qui mutuo quodam iure ita iunguntur, vt vnius loco habeantur. Et cõiunctio rerũ aut perſonarum, connexio & vnitas appellatur. Coniunctio autem in tria genera diducitur: quorum vnum eſt, quod re tantum, alterum quod verbis, tertium quod re & verbis conſtat. Eorũ exẽpla ſunt. Titius & Sẽpronius hęredes ſunto. Seius hęres eſto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto. Hi quidẽ omnes coiuncti ſunt, ſed propius illi, qui

L. Plane. de legat. j.

li, qui in eadem re verbis iunguntur[a] quique in iure accreſcendi cæteris præferuntur: vt Titius & Sempronius. eos enim non rei tantum: ſed etiam orationis complexus colligat, quibus Seium res ipſa. Caium verò & Mæuium inter ſe verba (quia in diſtinctis ſeparatíſque partibus inſtituti ſunt) coniugunt. Sed videndum eſt, ſi quis eorum decedat, quem cæteris potiorem eſſe I. C. ſentiant. Equidem ſi ita teſtator ſcripſerit. Titius & Sempronius hæredes ſunto. Seius hæres eſto: atque vnus ex coniunctis Sempronius ſcilicet deceſſerit, ſoli Titio defuncti partem accreſcere ex Iaboleni ſententia arbitror. Quod ſi ita dixerit. Seius hæres eſto. Caius & Mæuius hæredes ſunto ex æquis partibus: atque ex his vnus moriatur, non alteri ſoli partem accreſcere, ſed omnibus hæredibus pro hæreditariis portionibus, cum Pŏponio exiſtimo. Diuerſitatis ratio eſt, quia in hac poſteriori ſpecie nõ tã cõiunxiſſe, quam celerius dixiſſe videtur, id eſt quia teſtatoris ea mens & voluntas non fuit, vt Caium & Mæuium ſolos coniungeret: ſed eo verborum compendio vſus eſt, vt celerius diceret. Ideóque Iabolenus dixit hæredes ſine partibus, diſertè oſtendens aliud ſtatuendum ſi ex par-

a. L. huiuſmodi (quæ ſic intelligi debet in §. Quibus ita) de lega. j.

L. hæredes ſine partibus. de hær. inſtit.

L. Si ita. de hæred. inſt.

tibus hæredes instituantur. Denique si tres illas coniunctorum species testator(vt proposuimus) scripserit: mihi placet Pauli responsum, vt re ac verbis coniunctus cæteris præferatur, ipsique soli pars eius cum quo iunctus est, deficiens accrescat. Sed si testatorem ita instituisse dicamus, Titius & Sempronius hæredes sunto. Seius hæres esto. Tullius hæres esto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hęredes sunto: vt Seius & Tullius re tantū cōiuncti sint, atque ex his decedat Seius, Ego Paulum sensisse arbitror vt re tantùm coniunctus, re & verbis cōiun cto potior nō sit: verbis autem coniuncto præferatur. Sic enim ait. Quod si re tantùm coniunctus sit, constat non esse potiorem, nempe re & verbis coniuncto. Si verò verbis quidem coniunctus sit, re autem nō, quæstionis est, an coniunctus potior sit, re scilicet. (Nam de eo qui re & verbis coniunctus est, non dubitabatur: cum id priùs definiisset I. C. Sed nec contextus ipse permittit vt verbis dūtaxat coniunctus intelligatur. Ineptum enim & ridiculū esset quærere, an quis sibi ipsi præferatur) Et magis est (inquit Paulus) vt ipse præferatur. Huius autē sententiæ ratio est, quia cum testator certas, nominatimque expressas, verbo coniunctis, partes dederit: ad alias, ipsos admit-

L. Re coniuncti. de legat. iij.

Re coniunctus præfertur verbis tātum coniuncto.

admittendos non esse, eius mens & voluntas, quæ in testamentis maximè dominatur, ostendit. Neque obstat quod ex Pomponio retulimus in hac specie. Seius hæres esto. Caius & Meuius ex æquis partibus hæredes sunto. si quis ex his decedat, ipsius partem nō alteri soli, sed vtrique accrescere. Nam id eò pertinet, vt cum oratione tantum cōiunctis, re coniunctum concurrere intelligamus. Sed an si plures rei coniunctione instituantur, ex iísque vnus decedat, verbis coniuncti vnà cum cæteris ad partem deficientem admittantur, non est à Pomponio definitum: sed hîc à Paulo nostro eleganter explicatur. Ideóque si quem ex verbis coniunctis, decedere contingat, omnes in eius partem concurrent. Et hoc est quod Iustinianus decisione sua, quæ est de caducis tollendis, rescribit. Quos enim disiunctos appellat: eos verbis cōiunctos dici arbitror. Sic nãque ait. Hęc ita tam variè, quia coniuncti quidem propter vnitatem sermonis, (id est orationis complexum, qui sic ipsos coniungit, vt in eadem re instituti sint) quasi in vnum corpus reducuntur, & partem coniunctorum sibi hæredum, quasi suam præoccupant. Disiuncti verò ab ipso testatoris sermone, apertissimè sunt discreti, id est, testatoris verbis, qui

L. vnic. §. Qui autem ex his. de cadu. toll.

certas ipsos partes habere voluit, ab aliis, atque inuicem distincti separatíque: vt id tantùm eos coniungat, quòd ipsos eodem verbo complexus sit testator. Non ignoro tamen à Iustinia. disiunctos dici, re tantùm coniunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipse re & verbis cōiunctos opponat: quorum ratione disiuncti sunt reliqui omnes. Non sunt verò ad exactam quãdam rationem referenda, quæ in institutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas composuit, iuris elemēta breuiter exponere. Hucpertinet quod Modestinus in hac specie respondit. Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiã lego. Eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius (inquit) vtrique adcrescit: quia cùm separatim & partes fundi & totus legatus sit: necesse est, vt ea pars quæ cessat de portione legati, cuique eorum quibus fundus separatim legatus est, adcrescat. Mæuium autem & Seium verbis coniunctos esse, quanuis particula (&) à testatore omissa sit, constat. Nam hos (vt scribit Paulus) &, q;, cum, articulos etiam si detrahas: interdum tamen con iunctos accipi oportet. Sed Modestinus eis separatim legatum esse dicit: vt intelligamus verbo factam coniunctionem, non tam coniungere,

Instit. Titu. de legat. §. Cōiunctim.

L. Mæuio. de leg. ij

L. Triplici de verb. sig.

iungere, quàm verborum cõpendio duos pluréſve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione diſiuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus coniunctos: vt in illa ſpecie quam Iulianus proponit. Quibus ita legatũ fuerit, Titio & Mæuio ſingulos ſeruos do lego, cõſtat non cõcurſuros in eundẽ ſeruum: ſicuti nõ cõcurrũt cũ ita legatur. Titio ſeruũ do lego, Mæuio alterũ ſeruũ do lego. Quibus verbis oſtendit I. C. nullã hac cõceptione factã eſſe à teſtatore coniunctionẽ. Verbis enim cõiuncti nõ dicuntur illi quibus res diuerſæ legatæ ſunt: etiã ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diuerſa oratione legauerit. Non tamen in re illos coniunctos eſſe arbitror: cum partes diſtinctas ab initio habeãt: & ſi re aliquo modo iungerentur, æquales re & verbo coniunctis dicerentur. Quod ſi fateamur, tertium coniunctorum genus, vt ſuperfluum reiiciamus, atque ita temerè à I.C. ſẽtẽtiis recedamus oportet. Poſtremo ſi quis eorum, qui coniunctim inſtituti non ſunt, hæres non eſt: pars eius omnibus pro portionibus hæreditariis adcreſcit, vt à Celſo & Iuſtiniano ſcribitur.

L. huiuſmodi legatum §. Quibus. de leg. j.

L. Si liber hom. §. Cum quis. de hæred. inſtit. d. l. vnic. de cad. toll.

Conciliatio duorum capitum sub titu. de condict.indeb.
Cap. xv.



Doctißimorum iuris interpretum ingenia, Pōponij & Pauli. I. C. sententiæ, quę pugnare ex diametro videntur, excoluerunt. Sed meum non est inter eos tantas dirimere lites. Itaque nullius authoritati addictus, quid sentiam, breuiter exponam. Generaliter definit Paulus nullam esse
L. Repetitio ab eo repetitionem, qui suum recepit: tametsi ab alio, quam à vero debitore, solutum est.
L. Si pœna. Pomponius autem. Quanuis debitum (inquit) sibi quis recipiat: tamen si is qui dat, non debitum dat: repetitio competit, veluti si is qui hæredem se, vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hæreditario soluerit. Hic enim neque verus hæres liberatus erit: & is quod dedit, repetere poterit. Mihi duo illa responsa, de debito intelligenda esse videntur. Et suum recepisse eum, qui sibi debitum accepit, apud Paulum dici placet: quanuis P. Stella contrariam interpretationem sequutus, sic ea capita conciliet. Debitoris enim nomen satis ostendit, id suum appellari, quod sibi debetur. Sed nec verior est illa di-

ſtinctio, an ſuo, an verò alieno nomine ſoluat, vt ab interpretibus traditur. In vtroq; enī loco ſibi debitū recepiſſe creditorem dicitur, ſed ab eo qui nō debebat: nec diſtinguitur an ſuo nomine debitor falſo exiſtimās ſe obligatum, an verò creditoris veri cauſa, tanquam ipſius negotium agens ſoluerit. Equidem arbitror ſi quis errore facti ſoluat quod nullo modo debet, ſed teneri ſe falſò exiſtimat, repetere quod dedit poſſe. Verùm ſi ſit non quidem verus ille debitor, qui ſeſe obligauit, ſed vtcunque debitor, nempe (exempli gratia) qui principali debitori tenebatur, & debitum ſoluerit, neque ei, neque vero debitori dabitur à creditore repetitio, qui ſuum recepit. Atque ita alium interpretor, quēcunque alium debitorem, quàm eum qui principaliter obligatus eſt. Sic enim rectè ſuum creditor recepiſſe dicitur: tanquam ſi à debitore ſuo per obligatam ei perſonam, quæ ipſius quodammodo negotium gerit, accepiſſet.

Conciliatio Cap. vij. Titu. D. Solut matr. cum noua Iuſtiniani conſtitutione. Titu. de rei vxoriæ actione, &c. *Cap. xvi.*

L. Fructus. solu. matri.



B donationes (ĩquit Vlpianus) item ob res amotas ex his fructibus, qui post diuortium percepti sunt, compensationes fieri possunt. Et Paulus, Hæredi mariti (ait) licet in solidum condemnetur, compensationes tamen, quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, vt hoc minus sit obligatus: veluti ob res donatas,& amotas,& impensas. Morũ verò coercitionem non habet. Sed Vlpiano & Paulo, aliísque veteribus iureconsultis minus cõsentire videtur Iustin. Sic enim ipse in quadam constitutione ad populum vrbis Constãtinopolitanæ,& ad vniuersos prouinciales rescribit. Taceat in ea retentionum verbositas. quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex cõstitutionibus introducto? Sed nec retẽtionem ob res donatas, ob amotas, ob liberos, ob impensas necessariã esse statuit,& vt vno verbo dicam) nec enim totã eius constitutionem referre oportet) retentionem dotis tollit. Sunt qui inter compensationem & retentionem interesse existiment. verũ illi, meo iudicio, quid sit compensare nõ intelligunt, Nam cùm dos à viro petitur, si eam velit is retinere, aut ex ea aliquid minuere, vt cõpenset quod sibi à muliere debetur, vtrum potius

L. rei iudicatæ. eo. tit.

Titu. C. Iustinia. de rei vxoriæ actione in ex stipulatu actionẽ trãsfusa, & de natura dotibus præstita.

tius compenſare, quàm retinere dicatur? Compenſat quidem, quia debitum & creditũ contribuit: retinet etiã. Præterea quæ ratio diuerſitatis inter compenſationem & retentionem reddi poteſt? Equidẽ Iuſtiniani reſcriptũ iuri in Pand. relato derogare aliquando exiſtimaui. Renouatus enim, atque ſecundò editus eſt Codex, & in eo multa adiecta, multáque detracta ac emendata, aliter quàm in illo ſcripta erant, qui ante Pandect. emiſſus fuerat, iúſque antiquum ſæpe correctum fuiſſe ſuis deciſionibus ſcribit Iuſtinianus. Sed cùm, non facilè has legum emendationes admittendas eſſe conſtet, ſæpiúſque Iuſtinianus cùm antiquas altercationes decidit, aut ius nouum conſtituit, ipſe quid innouauerit, mutauerítq;, non taceat: verius eſt vt priores leges ad hanc poſteriorem trahantur: non ea ratione, quam vulgus ſequitur, vt ſcilicet Vlpianum de fructibus, Iuſtinianum verò de re dotali interpretemur. Hęc enim ſententia, vt ab eis iciunè explicatur, defendi non poteſt, quia fructus dotẽ augent, atque dotis pars habentur, & mulier qua actione dotem, eadẽ & fructus petit. Ego exiſtimo dotem vxori omnino reſtituendam eſſe, nec eã retinere maritũ poſſe vel ob donationes, vel ob rẹs amotas, vel aliã ob cauſam.

I.C. retentionis & cõpenſationis nominibus indifferẽter vtuntur. l. iiij. & l. ob negotiũ. de compenſat. l. j. C. rer. amot. l. dote. de dote preleg. & Vlpia. in fragmentis retentionem dixit.

L. Si marito. §. ſi fundum. Solut. matrimo.

Verùm ſi quos fructus poſt diuortium maritus perceperit, & de iis reſtituendis egerit vxor, quæ amplius rem non petebat (Sic enim intelligendum Vlpianum eſſe quiſque iudicabit, qui diligentius perpenderit eum toto illo capite de fructuum reſtitutione tantùm diſputare) poterit maritus ex illis deducere quod ſibi ex cauſa pecuniaria debetur. Sed & ſi dos ipſa reddenda ſit, & totæ viri facultates, dotis quantitatem non egrediantur, ne is ſuis rebus omnino deſtituatur, cùm in ſolidum damnandus ſit, ei dotem minuere licebit, quã vxor ipſi debet: atque eodem iure vti illius hæredes poterunt. Ob impenſas quoque neceſſarias, licet propriè compenſare non dicatur, ipſo tamen iure dotem minuet. Vnde hæc quaſi retentio à Iuſtiniano dicitur. Noſtra ſententia diſertè ab eo Imperatore confirmatur. Inquit enim propter retentionem quoque dotis repetitionem minui. Quæ clauſula ex ſuperiori verſiculo interpretationem accipit. Nam dixerat eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere poſsit, id eſt, quatenus facultates eius patiuntur. Itaque ſi dotis quantitati concurrant facultates eius, in ſolidum damnatur. ſi minus, in tantũ, quantũ facere poteſt. Poſtea ſubiicit, etiam propter retentionẽ (quæ ſcilicet

§. Item ſi de dote. de acti. inſtit. d. l. rei iudicata.

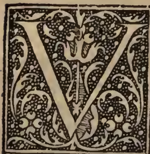
facultatum

facultatum viri modum, qui dotis quãtitatem non excedit, ex eo quod ipsi debetur, doti restituendæ compensat) dotis repetitionem minui: vt ipsa quidem ex mariti rerum ratione, tota nõ reddatur, sed minuere quod vxor debet, oporteat. Et quod de fructibus diximus, apertissimam habet rationem. Nam cùm iam restituta est vxori dos, fructus dici pars illius nõ possunt, sed quia distincti separatíq; alia actione petuntur, ideóque maritus dotem retinere nõ conatur: aliter quàm si vnà cum re fructus peterentur: quia cùm ipsam augeant, eiúsque partem faciant: de iis retineri aliquid non potest, quin compensari doti, quod viro soluendum est, videatur. Quamobrem non retentionis, sed actionis via, quod sibi debetur, petere maritus poterit. Atque ita cùm ei solutum est, compensasse quodammodo dici potest.

FINIS LIBRI SECVNDI.

LVDO. CHARONDAE Iurifconf. Parifienfis Πιθανῶν feu verifimilium Liber tertius.

Actionis definitio & diuifio. Caput primum.



T rectè ĩtelligatur quid fit id, de quo difputatur, ab actionis definitione proficifci noftra inftitutio debet. Latifsima autẽ eft actionis fignificatio. Quicquid enĩ eft quod vel ad officiorum & vtilitatum communicationem pertinet, vel in dando fuum cuiq; verfatur, vel vt alicui vis iniuriáve fiat patratur, actio dici poteft. Verùm nos actionem ad iudicia caufáfque conuertimus, & ciuili perfequutioni propriam facimus, quanuis eam pro accufatione etiam vfurpari non ignoremus. *In orat. pro Milone.* Nam & M. Tul. Cicero perduellionis actionem dixit: & in Verrem actiones, quibus eum accufat, fcripfit. Nihil autem aliud eft actio, quàm ius perfequẽdi in iudicio, quod fibi debetur, vt præclarè poft Caium iureconfultum definit

definit Iustinianus. Sed videndum est, qua significatione ius actio dicatur. Nam ius multa significat. Communis est eorum, qui se purius iuris authores interpretari gloriantur, sententia, vt ius pro vi & facultate agendi accipiatur. Ego verò illius definitionis verba perpendens, idem ius cum vi omninò non significare arbitror. Nec enim magistratus qui actionis formulam præscribebat, actionem ita dabat quasi tum nata ex eiúsque officio profecta esset. Obligatio enim aut certè simile aliquod iuris vinculum actionem parit: vt verius sit iam natum fuisse ius cuius vi ad magistratum, qui iuri dicundo præerat, vocabatur reus. Hócque ipsum ius actionem esse. Nã prætor ex lege tantùm agendi genus formabat ac concipiebat: ius verò litigantibus nullum tribuebat, sed ipsis si quod haberent reddebat. Et ius quidem in hac definitione ita vsurpari existimo, vt ius cognationis, affinitatis, prædij, & cætera dici à iureconsultis obseruaui: & apud Ciceronem ius applicationis legi: quod quale fuerit, non difficile est ex eius verbis intelligere: quanuis obscurum nec in vulgi cognitione positum fuisse dixerit, & plerique inueniantur, qui suam ignorantiam, Ciceronis (vt existimant) inscitia tegere vo-

L. Iuris gentiū. de pact. l. licet. de procur. & al.

Lib. j. de Orato.

lunt. Equidem ius applicationis (vt id obiter explicem) huiuſmodi fuiſſe opinor, quemadmodum in antiqua Roma cliẽtes fuiſſe, qui potentiorem aliquem virum, vt à cæteris defenderentur, eligebant, ſcribit Dionyſius Halicarnaſſeus, ipſóſque mutuis officiis patronos prouocaſſe. Ita qui Romam in exilium veniſſet, cui Romæ exulare ius eſſet, ſi ſe ad aliquem quaſi patronum applicuiſſet, inteſtatóq; eſſet mortuus: patrono ius applicationis competebat: quod diuerſum ab eo non fuit, quod in clientum bonis habebant patroni: vt aliàs ex antiquis monumentis oſtendam. nec enim plura hic locus permittit. Perſequendi verbo generalius in ea definitione vſi ſunt Caius & Iuſtinianus. Nam perſequutio à Iurecõſultis dicitur extraordinaria cognitio: in qua iudices à Prætore non dabantur: vulgaríſque formula, quæ in aliis actionibus obſeruabatur, præſcribi nunquam ſolebat, vt de fideicommiſſis ſcribit Vlpianus. Perſequi autem is dicitur, qui intendit ſibi aduerſarium aliquid debere: & ſiue vulgato ordine, ſiue extra ordinem mouet alicui de aliqua re aut debito controuerſiam. ſic enim in hoc loco accipitur. Iudiciũ autem eſt, in quo quis iudicat, ſiue ipſe ſit magiſtratus, ſiue iudex datus a magiſtratu. Ipſa enim actio

Lib. ij. antiq. Rom.

L. Pecuniæ. de verb. ſigni. & tit. de fideicõm. in epit. inſtit. Vlpia.

est, ius quod vim & facultatẽ, id quod sibi debetur, apud eũ qui iurisdictioni pręest: agíque permittit, vel qui ex præscripta sibi formula cognoscere iudicaréque potest, persequendi continet. Nam actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, vtilis, præiudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiam quæ prætoriæ sunt: quia instar actionum obtinent: vt dãni infecti, legatorũ, & si quæ sunt similes. Mirum est igitur quî fieri possit vt eruditi quidã viri ab hac definitione actionem in rem excludant. Ei enim verbum debendi etiam competit, quia seruitutes quoque deberi dicuntur, & res etiam soli: ideoque Vlpianus eleganter verbum Debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligi respondit: siue ciuilis, siue honoraria, siue fideicommissaria fuit persequutio. Verùm & ius ciuile & prætor tum in rem tum in personam actiones prodiderunt. Sed dubitari a plerísq; video an hac definitione id cõtineatur, quod in diem, aut sub cõditione debetur. Atque ex interpretibus quidam inter certam incertámque conditionem distinguũt, alij aliter sentiunt. Equidem video omnes illos Iustiniani verba leuius inspexisse. Cũ enim de eo debito loquatur, quod quis persequi potest, si quid sit, quod spes est debitum iri,

L. Actionis. de obligat. & action. L. Arbor. Cõm. diuid. l. Si domus. de seruit. vrbano. prædio. l. si communi. de ser uit. rust. L. nõ amplius. de legat. j. l. Mauius. de legat. ij. L. Pecuniæ. de verb. signific.

vel cuius persequutio in diem confertur, non potest dici hac definitione comprehendi: nam dies vel conditio pro reo non pro stipulatore adiicitur: sed Debitor is propriè dicitur, à quo inuito res exigi potest. Omnium autem actionum summa diuisio in duo genera diducitur. Nam agit vnusquisque aut cum sibi obligato, aut cum eo qui propter rem sibi quodam modo tenetur. *Qui verò in personam intendit, ea formula sibi à prætore præscripta Dare facere oportere, aut alio quodam modo, qui causæ figuram proprius exprimit, vtitur. Quanuis enim essent formæ quædam solennes quæ curiosè obseruabantur: ex hoc tamen loco & ex Caij institutionibus constat diuersas fuisse concipiendarum actionum figuras, & prætorem aliquando communem conceptionem non obseruasse, sed ad controuersiæ caussam & naturam propius respexisse, præsertim cùm certum actionis nomen deerat, ipsáque ideo in factum concipiebatur. Sic enim & quod Iustinianus, & aliis quibusdam modis, & quod Caius, aut proprio quodam iure ex variis caussarum figuris scribit, interpretor. Verùm in personam actio eum persequitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum: & semper aduersus

L. Eũ qui. §. j. de ver. obligat.

L. Debitor. de verb. signific.

L. j. de obligat. & action.

uersus eundem locum habet. Actio autem in rem cum eo mouetur, qui nobis nullo iure obligatus est, sed rem nostrã possidet, & semper aduersus possessorem est. Quãuis enim is, qui rem quam intendimus nostram esse possidet, aliquo nobis iure teneri videatur, cũ nullum ius sit, cui non sit aut à natura aut à lege data quædam obligatio tanquam comes & adiutrix, si non expressa, saltem tacita: tamen non rectè dici potest obligatus ille, qui non contraxit, nec ita deliquit, vt inde eius, quod nobis abest, persequutio competat. Et hæc in rem actio, vindicatio appellatur. Vindicare autem est aliquid ex alterius possessione auferre: & vindiciæ (vt Pompeius Festus scribit) olim dicebantur, quæ ex fundo sumptæ in ius allatæ erant. Seruius Sulpitius vindiciam esse ait dictam ab eo, quòd res vindicantur ex controuersia. Hunc autem ita vindicandi morem fuisse existimo, vt is qui de re aliqua mouere controuersiam volebat, aduersarium simul manu præhenderet, & in rem præsentem vocaret, tum accepta ex eo agro gleba, ad eum qui iuri dicundo præest, illum deduceret, & in ea gleba tanquam in toto agro vindicaret. Sic nanque Auf. Gellium sensisse arbitror. Vnde constat

L. Actionũ. de oblig. & act.

Li. xx. noc. attic. cap. xvij.

quare hæc actio, vindicatio appelletur:cum ea quæ in personam est, condictio dicatur. Nam dici generaliter condictio potest, omnis actio, quæ ex omni causa, & ex omni obligatione competit. Certi enim condictionem omni ex obligatione dari, ex qua certum petitur: siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto.

L. Certi condictio. Si cert. pet.

Ad vers. Nam in his. de action.

Cap. ij.


E seruitutibus in rem actiones cõpetere, tam confessoriam, quàm negatoriam ostendimus. Sed in rebus corporalibus negatiuam locum nõ habere probat Iustinianus, sed obscuriora quibusdam videntur eius verba. Nam sic ipse ait. Quod genus actionis in cõtrouersiis rerũ corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet. ei verò qui possidet non est actio prodita, per quam negет rem actoris esse. Obseruandum autem est ei, qui rem corporalem possidet, negatiuam ideo non dari actionem, quia ipse sua possessione contentus esse debet, & suum non alienum ius curare. Quod eleganter disiunctione quadam pressa & iureconsulto digna explicat Iustinianus. Nam

L. vti frui. si vsusfr. pet.

Nam is rem suam corporalem esse intendit, qui eam non posſidet:quia ex actoris parte,dominium, ex rei autem, posseſsio requiritur. Sed qui posſidet, cum eo de rei posseſsione agere non poteſt,qui eam nullo modo detinet. Atque ille ridiculus videretur, qui rem alterius non esse intenderet.Nonnullis absurdum videtur, quod vulgatis in codicibus legitur, quid enim illud eſt quod dicitur, reum posseſsorem non esse actorem : aut actionem contra actionem non esse proditam? Ideóque locum illum deprauatum esse,& ita legendum exiſtimant. Ei verò qui non posſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem esse possessoris. Verùm illi exiſtimare debebant antiquas & receptas lectiones non esse temerè corrigendas. Præterea hæc correctio vel potius corruptio a Iuſtinia.sententia longè abeſt. Vult enim Iuſtinianus oſtendere posſidenti actionem non esse proditam, per quam neget rem non posſidentis esse: & ideo in controuersiis rerum corporalium negatiuam actionem non competere, cùm ea ſit, per quam quis intendit ius non esse aduersario, qui prædium quidem vicinum posſidet. Sed (vt ingenuè quod obseruaui dicam) cùm de vulgata scriptura dubitarem,omnes quos inuenire potui Iuſti.co-

dices consului, & in eorum pleríſque expunctum Actoris nomen obſeruaui: quorum fides Theophili græci interpretis authoritate confirmatur. is enim in ſua paraphraſi Actoris nomen omiſit. In vno autem, eoq́ue (mea ſententia) vetuſtiſſimo ita ſcriptum inueni: Ei verò qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem alterius eſſe. Et eius margini adſcriptum erat, Alterius deeſt in al. Sed vtcúnque legatur, expuncto Actoris nomine clara ſunt Iuſtiniani verba.

Ad verſ. Sanè vno caſu.

HIc verſiculus ex ſuperiori pendet, atque eius tanquam regulæ quædam eſt exceptio. Sed quis ſit vnus ille caſus, dubitant interpretes: nec in latioribus Digeſtorum libris inuenire poſſunt. Sunt qui ad præiudiciales actiones hunc locum referant: verùm cùm de his poſtea Iuſtinianus agat, eorum defendi opinio non poteſt. Nam commune cum hoc caſu nihil habent. Aliis placuit interdictum vti poſsidetis intelligi. qui ſi ad titulum & ad Iuſtiniani verba propius reſpexiſſent, eam nunquam ſententiam edidiſſent. Non deſunt qui duplicia iudicia hoc ſolo caſu cõtineri exiſtiment: ſed cum hîc de mera in rem actione

non

non mixta agatur, explosa est eorum sententia. Qui de eo interpretantur, qui se vsucepisse intendit, nihil cæteris probabilius retulerunt. Tantùm enim excipiendo, actoris partibus fungitur, probandíque onus in se reiicit. Quòd si de exceptionibus casus ille intelligatur, non vnus solus est. veriórque communis interpretum opinio esset, qui eum casum esse arbitrantur, cum is qui conuenitur, actorem se excipiendo constituit. Pudet me doctißimi cuiusdam viri sententiam referre. is enim non satis doctè hunc casum de seruitutibus explicat: cùm tamen constet hunc versiculum à superioribus aliis in quibus de duobus actionum generibus, quæ pro seruitutibus cōpetunt agitur, distinctum esse, atque ex sibi proximo pendere. Deinde ea clausula ineptè adiiceretur, nec prçcedentibus rectè cohæreret. Aemylius Ferrettus nostri temporis ornamentum, ex duobus peruetustis codicibus hunc textum emendat, & negatiuam particulam (Non) adiiciendam esse existimat: vt sic legatur: sanè non vno casu. Iustinianum autem de duplicibus mixtísque iudiciis sensisse arbitratur. Sed ego iam ostendi hanc interpretationem recipi non posse: quod etiam ille intellexit. Nam in suæ notæ princi-

pio, eam explicationem, vt vulgò ab interpretibus traditur, eadem ratione reprehendit, & in ſuis ad titu.de acquiren.poſſeſſ. commentariis iterum refellit, ſuámque ſententiam mutat. Verùm quod de vtroque poſsidente & actore & reo, quando quis in rem agit, ſcribit, non eſt hic vnus caſus, nec ad Iuſtiniani mentem accedit. Non enim rei & actoris partes miſceri imperator noſter dicit, nec de interdicto agit. Itaque mutanda prior Ferretti ſententia mihi non videtur, quanuis interpretatio diſpliceat. Nam in veteribus etiam codicibus manuſcriptis inſertam eſſe textui, aut certè margini adſcriptam negatiuam particulam (non) obſeruaui. Verum quidem eſt quod in vno ſic ſcriptum legerim, ſanè eo caſu, huius verò loci eũ eſſe ſenſum opinor. Quanuis poſsidenti nulla ſit in rem prodita actio, qua rem alterius eſſe neget: tamen eo caſu, quo ſcilicet poſſeſſori non datur actio, ſanè actoris partes obtinet, id eſt actoris partibus fungitur. Quod ſi negatiuè legatur, id ſenſiſſe Iuſtinianum conſtat. Licet poſſeſſori nulla competat actio, qua rem alterius eſſe neget: ſanè non vno caſu is qui poſsidet, nihilominus actoris partes obtinet, vt ex latioribus Digeſtorum libris apparebit, ex quibus reum

poſ-

possessorémve multis casibus actoris partes sustinere constat, vt cum rei ab aduersario petitæ dominum se esse affirmat, probandíque onus in se reiicit. Nam & Vlpianus in exceptionibus reum, actoris partibus fungi oportere, ipsúmque exceptionem velut intentionem implere scribit. Et Africanus de iure suo probare (inquit) id est petitoris partes sustinere. Constat igitur longè aliud esse partibus actoris fungi, aut actoris partes sustinere, & actorem esse. Quod etiam ex Vlpiani verbis in non diuersa omninò specie colligi potest. Si quis autem contendat receptam & à Theophilo approbatam lectionem emendari non debere: equidem ei satisfacere cupio, & hunc vnum casum quem in Digestis obseruaui, explicare. Posteriora ergo prioribus verba connectens, vindicationem intelligo: vt eo tantùm casu is qui possidet, actoris partes obtineat, quo illi, qui idem & dominus rei est & possessor, aduersus eum qui rem corporaliter tantùm detinet, rei vindicatio datur, vt aduersus, depositarios, commodatarios, & conductores. Quo casu apud dominum possessionẽ remansisse constat. At illi, qui rei corporaliter insistunt, ideoque ad instar possessorum se habent, hactenus pro possessoribus habentur, vt

L. In exceptionib. de probat.

L. Si prius. de oper. nonuntia.

L. Vl. Si li. ing. esse dicat.

L. Officiũ. de rei vindcat.

L. Licet. §. vlt. depos. l. rei. cõmo.

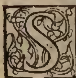
L. Non solũ. §. ideoque iuris. de vsucap.

a.d.L. Officium. facit in argum. L. Qui destinauit. de re indicat.

res ab iis vindicari posſit.[a] Itaque Vlpianus contra Pegaſum ab omnibus, qui tenẽt & habent reſtituendi facultatem, peti poſſe reſpondit. Verùm cùm hic caſus expreſsior in Pand. non ſit quàm cæteri: an ille ſit de quo Iuſtinianus ſenſerit, dubito.

De bonæ fidei & ſtrictis actionibus.

Cap. iij.



SOlebant prætores edicta proponere de iis omnibus, de quibus ius eſſet dicendum, ſiue ea, lege xij. tabula. vel ſenatuſconſultis conſtituta erant, ſiue ex ſua iuriſdictione deſcendebãt. Verùm generalia edicta intelligo, quæ perpetuæ iuriſdictionis cauſa (vt loquitur Vlpianus) edebãtur: quæ ad genus vniuerſum, & ad omnes, non autem ad ſingulas perſonas, & ad vnã tantùm aliquam certæ cauſæ ſpeciem pertinebant. Nã in albo proponebãtur illa, vt admoniti ciues præmunirent ſe, ſi aut agere vellent, aut aduerſus eos alius ageret. Iis enim Prætor generaliter edicebat, quas actiones daret, quibúſve de rebus & quomodo in omnibus cauſis ius diceret. Actiones autem, quas ſe daturum profitebatur, vel iure ciuili introductæ erant, vel eas ipſe propter publicam vtilitatem inſtituerat. Si quis igitur agere vellet

L. Si quis idq uod. de iuriſd.

L.ij.de orig. iur.

let, in ius aduersarium vocabat, & apud eum qui iuri dicundo præerat, causa agebatur, negotiúmve exponebatur. Is verò sæpius non cognoscebat, sed iudicem qui controuersiam definiret, dabat: vt disertè explicat Vlpianus noster. Præterea (inquit) in ius vocari non debet qui vxorem ducit, aut ea quæ nubit: nec iudicẽ oportet dum de re cognoscit: nec dũ quis apud prætorem causam agit. Nam & actor intẽtionem suam, & reus exceptionem declarabat. Isque postulare dicebatur, qui desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni præest, exponebat: vel alterius desiderio cõtradicebat. Sed præterea ex formula suo generali edicto cõtenta, certã actionis speciẽ concipiebat, eámq; dato à se iudici præscribebat. Sic enim ipsum dabat litigantibus, vt is nõ ex sua sententia, sed ex prętoris iurisdictione statuere videretur. Non autem vno eodémque semper modo iudicia formabat. Nam aliquãdo purè, aliquando sub conditione (vt elegãter tractat Duarenus nostri temporis iureconsultorum primus) actionem concipiebat. Verùm quia angustis strictísque finibus iudicem prætoria formula concludebat: plures autem cõtractus ad humanam societatem & publicã vtilitatem necessarij, in commerciísque rerum frequẽtes L. ij. de in ius vocan.

ita fiebant,vt non omnia, de quibus ſenſerant contrahentes exprimerentur, ſed mutuæ fidei pleraque remitterentur: ſæpius contrahentes decipiebantur.Quare vt ei malo prætores,qui ante oculos naturalem æquitatem habebant, occurrerẽt,omnémq; fraudandi cauſam ex bonis ſanctíſque legibus fundata ciuitate eiicerent,actionibus quæ ex iis contractibus petebantur,clauſulam (Ex bona fide) adiiciebant: cuius ſummam vim eſſe Q. Scæuola pontifex

Lib.3.offi. maximus (vt refert Cicero) dicebat, fideíque bonæ nomen exiſtimabat manare latiſsimè, ídque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, rebus emptis, venditis,locatis,conductis,quibus vitæ ſocietas cõtineretur:in his magni eſſe iudicis ſtatuere præſertim (cùm in pleriſque eſſent iudicia contraria) quid quemque cuiq; præſtare oporteret. Ita ſanè Ciceronem retuli vt eum ſcripſiſſe exiſtimo. Nã qui ceſſent pro eſſent legunt, faciunt næ intelligendo vt nihil intelligant.ſenſiſſe enim illum cõſtat hoc præſertim magni (id eſt ingenij,doctrinæ,& iudicij præſtantia quadam excellentis) iudicis officium eſſe,vt cùm in plerisq; litigantes à ſeipſis inuicẽ aliquid ex bona fide petant,contrariaq; ſint iudicia, ſtatuat quid quemq; cuique præſtare oporteat. Cæterùm ex his Ciceronis verbis

bis rudem bonæ fidei iudiciorum formam ha bemus, verùm expressam effigiem quærimus. Sed principio quid sit bona fides vidēdum. Et ea certè (meo iudicio) aliud significat nihil, quàm æquitatem & simplicitatem quandam naturalem, nulla subtilitate, fallacia, versutia, astutia fucatam: quæ constantem dictorum, factorum, & promissorum veritatem obseruandam esse iubet. Nam bona fides (vt inquit Triphoninus) quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderat, atq; fraudi & dolo contraria est. Et certè vnam tātùm bonæ fidei significationem esse, eámq; non aliter in iudiciis, quàm in cōtractibus vsurpari, ex iureconsultorum libris obseruaui. Nam licet clausula Ex bona fide, liberā ex bono & æquo statuēdi potestatem iudici tribuat: nō tamen licentiam illam significat. Nam cùm hęc iudicia eam formulam ideo acceperint, vt siquid cōuentionis veritas, quæ scripta non erat, exigeret, iudex litiganti daret, ne sese contrahentes fraudarent: constat etiam in iudiciis bonā fidem dici posse quæ dolo & fraudi contraria est, & æquitate nititur. Ideóque Pomponius: Si cùm venditor (inquit) sciens obligatum, aut alienum vendidisset, adiectum sit, néve eo nomine quid præstaret, æstimari oportet dolū malum eius, quē

L. Bona fides. depos. L. iiij. Pro socio.

L. tenetur. in fin. de act. empt.

ſemper ab eſſe oportet in iudicio empti, eo ꝙ bonæ fidei ſit. Hinc frequentes & in eadem ſignificatione vſurpatæ locutiones, ex bona fide præſtare, negotium bona fide contractū, bona fide ſtatuere, ex bono & æquo ſtatuere iudicaréve. Sunt igitur bonæ fidei iudicia, in quibus iudici ex bono & æquo ſtatuēdi, quid cuique quemque præſtare oporteat, libera poteſtas cō ceſſa eſt. Vnde eleganter Proculus boni viri arbitrium, bonæ fidei iudiciis magnopere conuenire, in iiſque ſequendum eſſe ſcribit. Tantum enim valet in hoc actionum genere, iudicis officium, quantum in ſtipulatione eius rei facta interrogatio. Atque ideo Cicero in Topicis, plurimum in omnibus iſtis iudiciis ait eſſe cauſarum vſum: quoniam (vt Boetius ſcribit) iudices ita dantur, non vt ſtrictas inter litigantes ſtipulationes, atq; exactam & anguſtam verborum vim, ſed bonam fidem, & quis contrahentium fuerit animus, quærāt, qui niſi ex præcedentibus cauſis deprehēdi vix poteſt. Hîc igitur non de apicibus iuris, ſed de bona fide diſputatur. Quocirca aſtutiæ tollēdę ſunt, eáq; malitia, q̃ vult illa quidē videri ſe eſſe prudētiā: ſed abeſt ab ea, diſtátq; plurimū. Ex his iudiciis quædā nō vno in loco refert M. Cicero, eáq; de fide mala appellat, quod ad vindicādā fidem

L. Ex maleficio, de obliga. & act.

L. ſi cū fundum. de cōtrah. empt.

L. Quæro. locat. l. fideiuſſor. §. quædam. mand.

l. ſi ſeruum. §. quæritur de verb. oblig. & al.

L. In propoſito. pro ſocio.

L. item ſi. in fin. cū l. ſeq. negot. geſt.

l. Lucius. in fin. Depoſit.

d. l. fideiuſſor.

In libr. de natu. deor.

fidem malā & dolum dētur:& lib.3. Officiorū formulas de dolo malo Aquilium protulisse, & interpretatione legum induxisse, ex quibus dolus malus vindicari cœpit,testatur. Vnde cō stat has conceptiones,ius dicentem Aquilium prętorē,vel cōsulētē primū introduxisse. Intelligendū est autem bonæ fidei appellationē, nō-uam & ab aliis distinctā actionū formā & speciem non constituere,sed qualitatis nomen,& indicium quoddā significādæ earū actionum naturæ gratia, posterius additū esse. Nam aduersus eum instituuntur,qui suā nobis in contrahendo fidē obligauit: ad quā ex bono & æquo seruandā illū persequimur. Cætera verò iudicia, quæ sine illa clausula ex bona fide concipiebantur,stricta appellari solebant, quòd in his dat' iudex strictā, & vt sibi pręscripta erat, formulam sequi deberet, nec alia de re, alioq; modo statuere aliquid posset, quā vt ipsi iniūctum erat,etiam si bonū & æquum æstimaret. Ideoq; sub formula iudicare dicebatur, vt Seneca scribit. Clemētia (inquit) liberū arbitriū habet:nec sub formula,sed ex bono & æquo iudicat. huius generis est mutuū,stipulatio,& cætera iudicia quæ bonæ fidei non connumerantur. Sed dubitant plerique, quam ob rationem ea sola quæ Iustinianus numerat, bonæ fidei dicantur iudicia: cum alia in hominum

Lib.ij.de Clement.

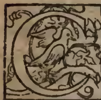
commerciis non rarius versentur, & maximè mutuũ,quod frequentari adeò solet,vt omnibus quodammodo contractibus adesse videatur.Verùm præcipuam huius diuersitatis caussam esse æquitatem,humanámque societatem ex Cicerone & iureconsf. ostendi. At consociationis, rerúmque (vt ita dicam) commutabilium communitatis æquitas (quam Græci philosophi κοινωνίας ἐπιείκειαν appellant) in mutui contractum id venire non permittit, quod in cæteris bonum & æquum desiderat. hæc enim illius est natura, vt rerum creditarum sit in omnem partẽ æqualitas, nec vltrà quicquã aut citrà liceat contrahentibus efficere, quàm rerum parilitas requirat.Nam dicitur mutuũ, quòd res,quæ accepta est ita reddatur, vt licet ex debitore proficiscatur, sic tamen creditoris fiat,vt eadem omnino videatur,atque cùm primùm data est.Sed & stipulatio verborum conceptione concluditur : vt siquid, quod ad eam adstringendam pertinere posit,non exprimatur,pro omisso habendum sit. [*L.Quicquid.de verb.oblig.*] Quòd si cui nostræ rationes non sint satis : ei vt satisfaciam, Aquilij de facto consulti, ad Ciceronem ratione vtar. [*In Topicis.*] Si cui ratio nostra non placeat,illud satis sit,ita legem scriptã esse,& in iis quæ certa sunt,non magnopere quærẽdam rationem, [*L.Prospexit.Qui & à quibus.*]

cur

cur ita constituta sunt, sed à proceribus principi suggeri voluit Plato, si quæ cõstituta essent duriora viderẽtur, & parũ è republica. Quod & consulti, qui in manibus sunt significãt: atque maximé Neratius, eorum quæ constituta sunt, rationes inquiri non oportere existimãs: quoniam alioqui multa ex his quæ certa sunt, subuerterentur. Verùm Iustiniani verba non ita strictè accipienda esse arbitror, vt recta tantum quæ ab eo referuntur iudicia, bonæ fidei sint. Nam doctè quidam contraria esse bonæ fidei etiam ostẽderunt. in actionibus enim negotiorum gestorum ac mandati tam directò quã cõtrariò ex bona fide agi Cicero & Caius probãt. Sed in actione pigneratitia quæ creditori competit, & contraria dicitur, & commodati quoq; cõtraria, bonæ fidei iudiciũ esse Vlpianus Caius Aphricanus & Paulus ostẽdũt.

De legibus. *L. Non omnium. l. Et ideo. de leg.* *Cic. in topic. et Caius in l. Ex maleficiis. §. j. de obligat. & action.* *L. Si seruos. de pign. act. l. in rebus. §. item l. in cõmodato. §. sicut. l. penul. Commodat.*

De arbitrariis actionibus. Cap. iiij.



CVm ex iis iudiciis, in quorum cõceptione clausulã (ex bona fide) non adiiciebat Prætor, quædam essent, quæ boni & æqui rationẽ exigerent: ta vt si quid iudicis arbitrio non æstimaretur, nõ leue damnum sentirent litigantes, ex eóq; humana societas per-

turbaretur: prudentibus visum est arctis adeò finibus iudicis à prætore in his actionibus dati potestatem non includere, sed ei permittere, vt ex bono & æquo secūdū cuisuque rei de qua actum est naturam æstimet quo modo cuique satisfieri oporteat, ne damno aliquo afficiatur: vt in actione De eo quod certo loco dari oportet, (quæ simpliciter arbitraria dicitur, non quòd magis sit arbitraria quàm quædam alia, sed quia nomen aliud nō habet) magna publicæ vtilitatis ratio versatur: quia cum alio loco, quàm in quem sibi dari stipulatus esset, nō videbatur summo iure, agendi facultatem competere, iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquā accederet, (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur) non posse stipulatorem ad suum peruenire: ideo visum est vtilem actionem in eam rem comparare, quæ vtriusque vtilitatem continet, tam actoris, quā rei. Est igitur arbitraria hæc actio, vtilis non directa, in quo ab ea quæ bonæ fidei est distinguitur. ea enim mero iure competit, & directò à prætore datur, sed illa ex interpretatione, & ad similitudinem atque exemplum (meo iudicio) bonæ fidei, vtilitatis gratia prodita est. Non enim bonæ fidei esse dicitur, sed

L. Si duo. de constit. pecun. L. j. & ij. de eo quod cert. loc.

tamen

tamẽ multa habet quę ex bono & æquo sunt. Dicitur autẽ arbitraria, quia ex iudicis à prætore dati arbitrio pẽdet, id est (vt interpretor) quia liberam ex clausula (ex bona fide, potestatem non continet, verùm iudicis tanquã boni viri arbitrio ex æquo & bono tractatur. Est verò arbitrium, non (vt post Theophilum Placentinus, Duarenus & alij scripserunt) interlocutio quædam iudicis sententiã definitiuã antecedẽs, sed existimatio & sententia quædã nõ definitiua, qua ipse arbitratur quomodo actori satisfiat. Et ita quidẽ potest statuere non semel tantũ, verùm etiam vsque ad litis decisionem. Quod igitur Iustinianus dicit arbitrio iudicis, idem est ac si dixisset arbitratu. Sic enim apud Caium accipitur. Ideo (inquit) in arbitriũ iudicis refertur hæc actio, quia scimus, quã varia sint precia rerũ per singulas ciuitates regionésq;, maximè vini, olei, fruméti. Et iudicium quidẽ ac arbitriũ indifferẽter accipi cõstat. Nã quod Paulus officium iudicis appellauit, Papinianus ad arbitriũ retulit. Et Ciceronẽ in topicis iudiciũ, in officiis arbitriũ dicere ostẽdim⁹, atq; in oratione pro Roscio Comœdo nũc arbitriũ ꝑ socio, nũc iudiciũ scribere obseruauim⁹. Arbitrarię actionis formã ꝑclarè Vlpia. exprimit. Hęc actio (inquit, loquitur autẽ de actione

L. Et ideo. De eo quod cert. lo.

L. Quia tantundẽ. Negot. gest. l. Lucius. De pos.

L. Item si cum. de eo quod met.

quod metus causa) cũ arbitraria sit, habet reus licentiam ab arbitrio dato vsque ad sententiã, restitutionẽ secũdum quod suprà diximus rei facere: quod si non fecerit, iure meritóque quadrupli condemnationẽ patietur. Aliquando tamen & si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Et postea Pædius quoque lib. 8. scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse debere, vt eum quidem qui vim admisit, iubeat restituere, etiam si ad alium res peruenerit: eum autem ad quẽ peruenit, etiam si alius metum fecerit. Sed dubitatur, quo modo noxalis actio, arbitraria dici queat: cum sententia condemnationem noxæ deditionis contineat. Quidam Iustinianũ de iis noxalibus sentire, quarum directas memorat, existimant: quibus alii vtcunque acquiescunt, plures minimè cõsentiunt. Verùm quicquid sit, disertè in arbitrariarum numero noxales locat Imperator. Arbitrari enim potest iudex, vt si vtilius videatur, reíque, de qua actum est natura postulet, vel soluat dominus, vel seruum noxæ dedat. Nam (vt scribit Paulus) decem, aut noxæ dedere condemnatus, iudicati in decẽ tenetur. facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit. Et postea. Iudicium solius noxæ deditionis nullũ est, sed pecuniariam

L. Miles. de re iud.

riam condemnationem ſequitur. Et ideo iudicati in decem agitur. his enim ſolis condem natur. Noxæ autem deditio in ſolutione eſt, quæ à lege tribuitur. Cùm igitur ex vtilitatis ratione debeat iudex æſtimare, & ad ſolutionem rerum ſua ſententia condemnet, arbitrari antequam iudicet poteſt quomodo actori cômodè ſatisfieri oporteat.

De actione oneris auerſi, & quid ſit auerſione vendere aut locare. *Cap. V.*



VT rectè intelligatur quid ſit oneris auerſi actio, videndú eſt quomodo auerſione celebrari côtractus dicatur. Sunt enim qui exiſtiment illã ex huiuſmodi contractu dari. Alciatus aduerſioné dicit, & rem aduerſione vẽdi locaríve ſcribit, quæ hac lege & conditione venditur locaturve, vt ab aliquo approbetur, & ſecũdum eius iudicium æſtimetur. Sed quãuis ſuam opinionem Florentini reſponſo confirmare poſsit,[a] tamen Paulus in notis ad Labeonem[b] & Vlpianus diſertè oſtendunt, eam defendi non poſſe interpretationem. Ideóque Anto. Auguſtinus ex doctiſsimi iureconſulti Lælij Taurelli ſententia codicis Florẽtini ſcripturã ſequutus, auerſione ſcribit, & rem auer-

Lib. 6. pareo cap. xxviij.

a L. Opus. locat.
b. l. vl. in fi. de leg. Rhod. & l. j. §. exercitor. de exercit. acti.

Lib.iij.Emenda. cap.vj. sione vendi aut locari putat, cùm numerus, mensura aut pondus dictum non est, aut quid aliud quod his simile sit. auersionẽ verò inde appellari existimat, quòd periculum auertat emptor aut conductor à venditore aut domino, idque in se recipiat, etiam si verbis expressum non sit. in quo Accursius decipitur. Verùm ego vereor ne non rectè senserint. Nam licet quos pro se iuris locos adferunt, expressos esse appareat, & maximè quod ait Paulus, aliud dicendum cùm auersione nauis conducta est, aliud cùm pro numero impositarùm amphorarum merces constituta est: tamen si quis eum Pauli locum propius inspexerit, non ita indefinitè conductam esse nauem intelliget, quin duorum milium mercedem deberi constet. Sed expresſius ostendit Africanus in iis etiam rebus, quæ pondere, numero & mensura non constant, auersione quoque locationem fieri. Sic enim inquit. Et hæc distinctio conuenit illi quæ à Seruio introducta, & ab omnibus ferè approbata est: vt si auersione insulam locatam, dominus reficiendo, ne ea conductor frui poſsit, effecerit: animaduertatur, necessariò, necne id opus demolitus sit. Et hic etiam locus eorum opinionem refellit, qui auersione (sic enim

d.l.vlt. (margin note at "lus, aliud dicendum")

L.Et hæc. loca. (margin note at "ne quoque locationem")

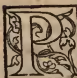
ſcribunt) factam eſſe alicuius operis locationem exiſtimant, quando vniuerſitas conſummationis ad conductorem pertinet, quod lingua noſtra dicimus *in blocco*, id eſt in globo. Iam enim perfectum & abſolutum opus erat, nec vllam eius tuendi curam ad conductorem pertinuiſſe ait iureconſultus, ſed dominum ſuam refeciſſe inſulam, atque ita opus quod locauerat, demolitũ fuiſſe, adeò vt illo frui non potuerit conductor. Præterea conſtat ſuperioribus iuris locis hanc accommodari non poſſe interpretationem. Denique ridiculã docti cuiuſdam viri ſententiam trãſeo, qui auerſione venditionẽ locationémve fieri arbitratur, cùm perfecta venditione auertunt ſe ſtatim contrahentes. Ex his enim quæ diximus, explodendam hanc eſſe explicationẽ nullus eſt qui non intelligat. Equidem cum hæc antiquitatis fragmẽta reuoluo, nõ poſſum nõ grauiter moleſtéque ferre integrorũ iuris librorũ (in quibus ea explicata fuiſſe veriſimile eſt) iacturã. Nã vt in omnibus ferè cõtractibus ſolennia quædam verba obſeruari ſolebant, aut certè contrahendi quidam ritus in vſu erat: ita opinor ſolennem quendam auerſione vendendi aut locandi modum fuiſſe: quem ita celebrari ſolitum coniicio. Cùm res aut

vendebatur aut locabatur, emptor vel conductor eam, aliquidve aliud ipsam repræsentans à venditore aut locatore auertebat, & ad se aduertebat: ita vt omnem tum eius causam in se transferret. vnde à quibusdam auersione, ab aliis aduersione factus ille contractus dicebatur. Et hæc quidem interpretatio optimè iureconsultorum sententiis conuenit. Illi enim non de forma contractus ita celebrandi agunt, sed de vi & natura ipsius, quam ex diuersis speciebus de quibus consulebantur, explicant. Sic igitur (meo iudicio) rectius de prudentum sententiis iudicatur, quàm generales quasdam definitiones ex vno aut altero loco colligere, & eas ineptis exceptionibus, quæ incautos fallunt, limitare. Superest vt de oneris auersi actione dicamus, quam nonnulli ex contractu aduersione facto nasci existimãt: à quibus dissentio. Nam non alia ex venditione locationéve per aduersionem contracta datur actio, quàm quæ contractus propria est: vt ex locis suprà à nobis relatis constat. Deinde
L. in naue. loca. hîc non opus sed onus auersum dicimus. Sed Alphenus disertè ostendit hãc actionem propter auersum & subtractum onus competere.
» In Naue Sauphei, inquit, complures frumen-
» tum confuderant. Saupheus vni ex his frumen
tum

» tum reddiderat de communi: eaque nauis pe-
» rierat. Quæſitum eſt an cæteri pro ſua parte
» frumenti cum nauta agere poſſent oneris auer
» ſi actione. Et poſtea. Et ideo ſe improbare a-
» ctiones oneris auerſi:quia ſiue eius generis eſ-
» ſent merces, vt ſi nautæ traderentur,continuò
» eius fierent, & mercator in creditum iret:
» non videretur onus eſſe aduerſum: quippe
» quod nautæ fuiſſet:ſiue eadem res quæ tradita
» eſſet,reddi deberet, furti eſſe actionē locatori:
» & ideo ſuperuacuum eſſe oneris auerſi iudi-
cium. Ex his conſtat furti iudicio ſimilem oneris auerſi actionem fuiſſe. Nam cum res locata erat, & in naui poſita,ſi eam nauta conductórve auerteret, non propriè furtum dici poterat, quia non animo furandi illam contrectabat, ſed ex ſuo tantùm loco ſubtrahebat atque auferebat. Ideoque cum furti dari non poſſet actio: hæc oneris auerſi prodita eſt. Sed eam vt ſuperuacuā reiicit Iureconſultus. Nam ſi ipſa res ita data eſt, vt nautæ continuò fiat, eiuſdémque generis alia reddatur: mutuum contrahitur, potéſtque locator rem ſibi debitam condicere. Ideoque onus auerſum dici non poteſt, quia rem tantùm ſuam, non alienam ex naui abſtulit nauta. Verùm ſi reddi eadem debet, & eam conductor ſubtraxit,

furti tenetur: ob idque oneris auersi superuacua est actio, quòd frustrà daretur, cum alia & ea quidem legitima competat, nec illa nisi ad supplendam furti actionis vicem inducta sit.

An sola in ius vocatione interrumpitur vsucapio. Cap. vj.


Ermultos libelli oblationis effectus nostri interpretes tradiderunt, sed quos ex Iureconsultorum libris nō sumpsisse video. Nam quod de vsucapionis interruptione scripserunt: mihi omnino non placet. Sed vt res tota faciliorem pro gressum accipiat, intelligendum est ipsos duo interruptionis genera tradidisse, quorum vnū naturale, alterum ciuile appellant. Verùm cùm vsucapio, ciuilis sit acquirendi dominij modus, & per continuationem possessionis producatur: ea autem possesio siue naturalis tantùm siue ciuilis appelletur, non posit non habere aliquid ex iure naturali, vt libro primo ostendimus: si naturaliter interrupta sit vsucapio, omni iure etiam ciuili interrupta cēseri debet. Naturaliter verò (vt inquit Caius) interrumpitur possesio, cùm quis de possesione vi deiicitur, vel alicui res mobilis eripitur, quo

L. Naturaliter, de vsucap.

quo caſu non aduerſus eum tantùm qui eripuit, interrumpitur poſſeſsio, ſed aduerſus omnes. nec eo caſu quicquam intereſt, is, qui vſurpauerit, dominus ſit, nécne: ac ne illud quidem intereſt, pro ſuo quíſque poſſideat, an ex lucratiua cauſa. Eſt igitur naturalis interruptio quæ rem ipſam, factò, eiúſque poſſeſsionem interpellat & interuertit. Ciuilis autem dici poſſet, quæ iuris ſubtilitate poſſeſsionem interrumpit, ſed ea veteribus Iureconſultis incognita erat, quia cùm poſſeſsionis continuatio vſucapionem perficiat, non poteſt ea interuerti niſi factum aliquod interueniat. Itaque per litis conteſtationem, & multò minus per ſolam in ius vocationem, libellíve oblationem non interrumpitur poſſeſsio, nec acceptum iudicium obeſt, quò minus res vſucapiatur. Caius lib. vij. ad edictum prouinciale. Si poſt acceptum iudicium (inquit) poſſeſſor vſu hominem ceperit: debet eum tradere, eóque nomine de dolo cauere. periculum eſt enim, ne vel eum pignorauerit, vel manumiſerit. Et Paulus. Si rem alienam, ait, emerim, & cùm vſucaperem, eandem rem dominus à me petierit: non interpellari vſucapionem meam litis conteſtatione: ſed ſi litis æſtimationẽ ſufferre maluerim:

L. Si poſt. de rei vindica.

L. ij. pro emptore.

» ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui
» litis æstimationem sustulerit. Idémque esse, si
» dominus ei, qui rem emisset à non domino,
» donasset. Et ea sententia vera est. Litis enim
» æstimatio (vt inquit Vlpianus) similis est em-
» ptioni. Quanuis igitur lis contestata sit: potest nihilominus is qui possidet, vsucapere, sed iudicis sententia illam restituere cogetur: vt rectius vsucepisse dicatur, quia possessionem continuauit, atque ita rei dominum acquisiuit, non quia aduersus quencunque securus est. Sed tamen dominus adeò habetur, vt si rem pignori dederit, ius illud hypothecæ etiam contra verum dominum, cui restituere damnatus est valeat. Satis est enim vt pignoris obligatio vtilis sit, rem eo tempore debitoris fuisse, quo ipsam dedit. Ideoque huic incómodo dominus occurrere solebat per cautionem de dolo malo, quam à reo possessore exigebat. Sed etiam talem esse actionem oportet, vt ex ea rem suam consequi posit dominus. Nam si ad exhibendum egerit, & res post acceptum iudicium vsucapta sit, petitor (vt scribit Vlpianus) intentionem suam perdet. Ab antiquorum igitur Iureconsultorum opinione alienum est, quod scripsere quidam, nullam omnino etiam iure veteri possessionis

L. Iulianus. vers. proinde ad exhibe pp.

nis continuationem fuisse lite semel contestata: & quod alij tradidere nullo modo interruptam eo iure possesionem, nisi pręstita domino agenti cautio fuisset: atque Iustinianum huius interruptionis primum authorem fuisse. Nam primùm ex Pauli verbis iam a nobis relatis constat impeditam litis contestatione non fuisse vsucapionem, sed non eius interrumpendæ, verùm vt ius rei interim non mutaretur, solitam præstari cautionem. Deinde etiam Constantini tempore, qui ante Iustinianum imperauit, interruptam litis contestatione vsucapionem accepi. Nam sic ille ad Maternum rescribit. Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ iure (id est vt interpretor, solo titulo & vt aiunt philosophi, habitu, non (vt quidam intelligunt, iure ciuili aut animo) consistit, aliam quæ corpore (id est corporali detétione) vtrãque autem ita demum esse legitimam, cum omnium aduersariorum silentio & taciturnitate firmatur: interpellatione verò & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possesionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet ac dubitet; id est, qui incertus

L.Nemo.de acquir. & retin. possess.C.

ſit, an ius facultatem & titulum poſsidēdi habeat. Quare accepto iudicio eius, qui vſucapere cœpit, poſſeſsionē minus legitimam effici, atque ita vſucapionem interrumpi conſtat. fatetur vulgus interpretum, litis conteſtatione rerum mobilium vſucapionem interrumpi non poſſe, ſed immobilium. Eaque diſtinctione Iureconſultis Iuſtinianum cōciliat. Satis autem apparet ex his quæ diximus, inter res mobiles & immobiles nullam Prudentes conſtituiſſe differentiam. Quod autem noſtrū Iuſtinianum antiquas Iuris authorum ſententias correxiſſe pleríque exiſtimant, mihi omninò placere nunquam potuit. Nam conſtitutiones, quas ad cōfirmandam ſuam opinionem adferunt, poſt ſecundam codicis editionem, Lampidio ſcilicet & Oreſta, aut eorum poſt conſulatum emiſſæ non ſunt, vt ex ſubſcriptionibus conſtat, ſed ante Pandectarum compoſitionem, ideóque his non derogant. Præterea vna conſtitutio eò tantùm reſpicit, vt nemini abſentia, vel potentia, vel infantia penitus aduerſarij ſui noceat, ſed ſi is adfuerit, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, & deſyderat dominus rei vel creditor ſuam intentionem proponere, & non licentia ſit abſente ſuo aduerſario, qui rem detinet, vel infantia

l. ij. & vlt. C. de anna. except. Ital. con. tol.

fantia, vel furore laborãte, & neminẽ tutorem vel curatorem habẽte, vel in magna poteſtate cõſtituto, ſua authoritate eas res vſurpare: licẽtia ei detur adire præſidẽ prouinciæ, vel libellũ ei porrigere, & hoc in querimoniam deducere intra ſtatuta tempora, & interruptionẽ temporis facere, & ſufficere hoc ad pleniſsimã interruptionẽ, id eſt eam quæ naturali apprehẽſione fit, ita vt facto ipſo quis è poſſeſsione eiiciatur. Sic enim pleniſsimã interruptionem interpretor: & illam, quæ ad eius exẽplum fieri à Iuſtiniano dicitur, non propriè interruptionẽ vocari poſſe arbitror, ſed tãquam ſi eundẽ effectũ haberet, ſufficere, vt interpellari & interuerti vſucapio poſsit. Et certè veteres iuriſperiti rationẽ excogitauerant, qua ei ſubueniretur, qui rem ſuam (quam interim poſſeſſor reipublicæ cauſa abſens retinuerat animo vſq; ad ſtatutũ tempus, & ideo vſuceperat) vindicare non poterat. Nã illi permiſerant vt intra annũ reſciſſa vſucapione rem ſuã peteret, id eſt, ita peteret, (ſicuti à Iuſtiniano ſcribitur) vt diceret poſſeſſorẽ vſu non cepiſſe, & ob id ſuã rẽ eſſe. Non video igitur in quo ius antiquũ ea cõſtitutione corrigatur. Altera (quæ eſt vltima tituli de annali exceptione Italici cõtractꝰ tollẽda, & de diuerſis temporibus & exceptionibus, & præ-

L. Item. l. ergo. l. ab hoſtibus. ex quib. cau. ma. §. rurſus. de act. inſtit.

ſcriptionibus, & interruptionibus earum) id præſertim ſtatuit, vt quanuis generaliter nullius cauſæ mentioné habeat libellus, vel vnius quidem ſpecialiter tantummodo, aut perſonales actiones, vel hypothecarias cõtineat: nihilominus videatur is qui agit, ius ſuum omne in iudicium deduxiſſe, & eſſe interrupta temporа curricula: cùm contra deſides homines, & ſui iuris contemptores odioſè exceptiones oppoſitæ ſint, ſed de rei vindicatione, qua rem ab alio poſſeſſam actor petit, nullum in ea conſtitutione verbum legitur, nec quicquam eſt, quod antiquũ ius emendet. Nam dicitur quidem temporis curſum interrumpi, ſed non ita tamen, vt ſi actor non obtinuerit, continuata poſſeſſoris non dicatur vſucapio, quę ad ſtatutum vſque tempus progreſſa eſt. Itaque ſic interpretari hæc Iuſtiniani reſcripta oportet, vt ad ea tanquam poſteriora grauioráque iureconſultorum reſponſa referantur, ex ipſiſque interpretationem accipiant. quàm rariſsimè enim dicendum eſt reprehendi ab imperatore iuriſperitos, niſi illius expreſſa ſit conſtitutio, quæ refutationem contineat.

De

De actionum concursu. cap. vij.



Agnos de actionum (vt aiunt) cumulatione cõmentarios scripserunt scholastici doctores, atq; pro regula tradiderunt diuersas quenq; actiones eodem ac vno libello complecti posse. Verùm illi iureconsultos enarraturi, veterem Romanæ ciuitatis morem ignorare non debebant. Turpe enim est aliquem velle eum interpretari quem non intelligit. Et quidem magistratum qui actionem dabat, plures vna formula concepisse actiones nullus vnquam legit. Nam cuique actioni sua (vt diximus) solennis formandi iudicii figura erat. Ideoque plures iurisperiti de actionum formulis libros (vti à Pomponio & Cicerone refertur) scripserunt. Sed (vt rationes, quibus ad firmandam suam sentẽtiam abutuntur interpretes, contra ipsos retorqueam) quare iurisconsulti, eum cui ex diuersis obligationibus aliquid debetur, posse nunc vnam, nunc alterã actionem intendere, non autem eas simul, dicunt? Nam ab initio ipsas cõsistere obligationes aiunt, vt altera in iudicium deducta, altera nihilominus remaneat: & si ex vna obtinuerit actor, ad alteram venire non posit. Verũ qui-

Notata interpretũ sententia de actionum cumulatione.

Pomp. l. ij. de orig. iur. Cic. de leg.

L. Si pluribus. l. huiusmodi. §. qui seruum. de lega. j. l. Si is qui. de obligat. & actio. & al. sim.

dem est, cum, qui ex pluribus causis aliquem obligatum habebat, cum eo pluribus actionibus experiri potuisse, sed illas dari singulatim solitas fuisse testatur Caius. Constat enim omnes omnino actiones ex contractu descendẽtes, prætorem vel secundum ius ciuile, vel ex suo edicto dedisse. Certa verò actionum erant nomina, ipsorum contractuum appellationẽ retinentia. Quod si quæ obligationes ex facto tantùm contracto penderent, nec proprium à cæteris distinctum cõtractus nomen referrẽt, præscriptis in factum verbis iudicium formabat Prætor. Vnde constat hanc præscriptis verbis actionem non magis cum reliquis cõcurrere, quàm ipsas inter se. Sunt tamen qui existiment eam non solùm cum aliis quæ ex conuentione veniunt coire, sed etiam cum ea quę de dolo est. Verùm ego aliâs hanc defendi nõ posse sententiam probaui, sed vt clarius quàm ea falsa sit, intelligatur: videndum est quæ sit illius actionis natura. Papinianus lib. viij. quęstionum, nonnunquam euenit (inquit) vt cessantibus iudiciis proditis, & vulgaribus actionibus, cùm proprium nomen inuenire non possumus, facilè descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Nam cũ deficiunt (vt ait Celsus) vulgaria atque vsitatá actionum no-

L. si idem. de iurisd.

De actione præscriptis verbis.

L. j. de præscript. verb.

L. ij. co. ti.

mina, prescriptis verbis agendũ est. Ad quam actionem (subiicit Iulianus) necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullę iure ciuili proditę sunt, id est, cùm certæ ac solennes actionũ formulæ (quas more ciuitatis Romanæ obseruari solitas scribunt iureconsulti, & testatur Cicero) deficiũt, quia plura sunt negotia, quàm quæ certis conceptionibus comprehẽdi possint omnia: præscriptis in id quod factum est verbis actiones dãtur, quas inde subsidiarias esse consequitur, nõ eò, quòd alio iure, quàm ciuili proditæ sint (hoc enim falsum ostẽdit Papinianus, cùm eas ciuiles appellat, & Vlpianus etiã noster, vt alio loco dixi) sed quòd in solennium & vulgariũ actionum subsidium ex iure ciuili dentur: vt nõ ineptè agẽtium refugia dici possint. Quod ergo nonnulli dicunt has actiones competere non modò cùm nullum actionis nomen proditum est, sed quoties illud inuenire non possumus, non probat illas cum aliis ciuilibus cõcurrere. Nam etiam cùm actionis nomen dubium & incertum est, vulgaris & certa dari non potest actio: ideóque non minus actiones in factum desiderantur: quia tum quoque actionũ plenus nõ est numerus, vt Pomponius scribit. Sed nec magis doli actio cum hac præ-

L. iij. eo.

In oratio. pro Quintio. & pro Roscio Cõ.

l. Iuris gentiũ. de pact.

l. Quia. de prescript. verb.

ſcriptis verbis concurrit (vt etiam probaui) quia I.C. odioſa viſa eſt adeò, vt ſi alia ex actione ſuum quis cõſequi poſsit, hæc dari nequeat. Verùm obiiciet quis nunquam actioni de dolo locum fore, ſi edicti prætoris verba generaliter intelligantur, & ad innominatas quoque actiones referantur. Equidẽ ex ipſo edicto & eius interpretatione collegi non ſolùm ciuiles tam directas quàm vtiles, verumetiam prætorias & directas & vtiles actiones (quanuis diſſentiãt plerique) de dolo actionem excludere, niſi ex alia vindicari dolus non poſsit, vt in duabus à Paulo & Vlpiano explicatis ſpeciebus, in quibus dolus arguebatur, conſtat.

L.j.de dol.

L.naturalis §.Sed ſi dedi.& l. Solent.de præſcript. verb.

De in litem iurando.

Cap. vij.



N litem, id eſt, in rem de qua cõtrouerſia eſt, iuramentum aduerſus eũ defertur, qui iudicis præcepto non paret, aut dolo malo bonam fidem rumpit: eò videlicet, vt domini arbitrio, rei pretium ex locorum & temporis diuerſitate mutationi obnoxium ſtatuatur. Is igitur, cui iuramentum defertur, rem ex ſuo affectu & arbitrio æſtimat: quanuis nulla affectione vtilitatem rei excedente, quantùm verè ſibi ſua

L.Tutor. de in lit.iur.

ſibi ſua re cauere interſit, nonnunquam iuret. Et illud quidem iuſiurãdum propter non reſtituentis, vel non exhibentis dolum aut contumaciam defertur. Vnde conſtat etiam ſi dolus ante acceptum iudicium in reſtituẽdo vel exhibendo admiſſus fuerit, propter eum in litem non iurari, ſed ita demum, ſi poſt ſuſceptã cauſam fecerit dolo malo poſſeſſor vt reſtituere vel exhibere nequeat, aut ſi iudicis arbitrio contumaciter reluctatus fuerit eum reſtituere poſsit, vt multis ex iuris locis apparet. Quanobrem in omnibus iudiciis, tum bonæ fidei, tũ ſtrictis arbitrariíſve, quæ eiuſmodi iuramentũ admittunt, tanti res habebũtur, quanti eas æſtimauerit actor iureiurando ei in hoc per iudicem delato. Verùm ſi nulla taxatione circunſcriptum ſit actoris iuramentum, in infinitum iurare poteſt: Ideóq; iudex, qui vel nõ deferendi iuriſiurãdi poteſtatem habet, certam præfinire ſummam, ad quam vſque iuretur, atq; (vt Paulus ait) taxatione iuſiurandum refrenare valet: adeò vt ne vltra taxationem à iudice factam actori iurare liceat. Vt autẽ iuramentum deferatur, dolum atque contumaciam concurrere non eſt neceſſe. In arbitrariis enim iudiciis, vna puniendæ contumaciæ ratio ſufficit, quæ in bonæ fidei iudiciis locum non habet.

L. Itẽ ſi cũ. de eo quod me. L. Arbitrio. de dol.

L. Siquando. vnde vi.

d. l. Arbitrio. l. penultim. de in lit. iur.

In his enim ob ſolum dolum iuratur (cùm ſcilicet reus ante condemnationem dolo deſiit poſsidere) non autem ob contumaciam in nõ parendo arbitrio, quod in his non datur: alioqui bonæ fidei actio arbitraria eſſet. Quare Paulus hîc ſub alternatione ſcripſit. Præcipua verò deferendi in litem iuriſiurãdi cauſa, æſtimationis per iudicem faciendæ difficultas videtur, quæ in pecunia locum non habet, quippe cuius certa ac ſtatuta ſit æſtimatio. Ideóque in nummis iuramentum deferri negat Vlpianus. Quare iuriſiurandi in litem delatio, non iudiciorũ duntaxat bonæ fidei, & ex eo quòd bonæ fidei ſint, præcipua eſt magis, vel propria, quàm aliorum: vbi ex facti qualitate, deferendi iuriſiurandi cauſa ſubeſt. Quanuis in omnibus bonæ fidei iudiciis ob dolum in litẽ deferri iuſiurandum poſsit, quod non eſt adeò in aliis frequens.

L. Qui reſtituere. de rei vindica.

L. ij. & l. in actionibus. de in lit. iur.

L. Nummis. eo.

Ad l. Quod Nerua. depoſiti. Cap. ix.



VLpæ nomen latiſſimè patet. quicquid enim doloſè & malitioſè peccatur, comprehendit. verùm qui diſtinctè loqui volunt, dolum ſceleri, culpam verò

rò imprudentiæ tribuunt: vt ad illud Terentij in Hecyra: Non mea opera, neque pol culpa euenit, explicat Donatus. Ideóque culpa quamlibet magna, non à dolosa peccandi voluntate, sed à stulta ignorantia & negligentia proficiscitur: vt in culpam incidisse dicatur is, qui imprudentia negligentiáve id agit, quod facere eum minimè oportet, vel omittit quod fieri ab eo decet. Media est igitur inter dolum & casum culpa, vtriusque particeps vel potius expers. Sicut autem eius, qui imperitia errat lapsus, nunc minus dolo malitiáve caret, cùm nullo excusationis colore satis defendi possit, adeò fœdè, turpiter, ac supinè fallitur, nunc astu, non tamen culpa vacat: vt cùm omnem minimè excusationem meretur: ideóque ad casum inclinat, vel certè à dolo longius abest. Ita & culpa varia est, multiplex, & tanquam diuersis gradibus distincta. Quò enim dolo & nequitiæ proximior, eò est latior: habetur autem eò leuior, quò remotior est, non modò à scelere, sed à sceleris suspicione. Enimuero ea quæ ad dolum accedit, lata: quæ fraude omnino caret, leuissima: quæ media est, leuis dicitur. Est autem lata culpa, magna & dissoluta negligentia, quæ dolo proxima, dolum (vt

L. In lege. ad l. Corn. de Sica.

inquit Vlpianus) repręſentat.[a] Itaque & dolus & dolo comparari:[b] nunc in doli crimen cadere,[c] nunc prope fraudem accedere dicitur.[d] Eáque à iureconſultis latior nonnunquam appellatur, cuius exemplum in hoc reſpõſo proponit Celſus. Quod Nerua diceret (inquit) latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat, mihi veriſsimum videtur. Nam & ſi quis non ad eum modum quem hominum natura deſiderat, diligens eſt: niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtet, fraude nõ caret. Quæ iureconſulti verba eò non pertinent vt latiorem culpam, dolum eſſe (inter vtrunq; enim multum intereſt) ſed in hac quæſtione, doli appellatione latiorem culpam contineri intelligamus: vt ea non minus quàm dolus ipſe præſtetur. Rectè igitur Paulus latæ culpæ finẽ eſſe ſcribit, nõ intelligere id quod omnes intelligunt. Eſt enim hæc culpa, craſſa & ſupina ignaui hominis ſecuritas ac deſidia, adeò vt quęſita videatur negligẽtia, & malitiæ coniuncta. Sic inexcuſabilem hanc culpam appellant iurecõſulti. Non ſunt ergo latæ culpæ gradus, ſed vna tantùm eadémque ſpecies: quæ ſcilicet dolo, fraudi, & nequitiæ proxima eſt. In leuem incidit culpam is, qui nulla fraude inſtructus, in rebus agendis minimè ad eum modum,

a l.j.§.Nõ autem. Si quis teſtam. liber eſſe. L. Quæſitũ. § Eũ quoque. de precar.
b L.j.§.fin. Si menſor falſum mo. dix. l. Magna negligentia. de verb. ſignif.
c L.j.§.Is autem. de oblig. & act.
d L. Impuberibus. §. j. de ſuſpec. tut.
L. Latæ culpæ. de verb. ſignif.
L. iij. L. nec ſupina. l. regula. §. ſi filiusfam. de iur. & fact. ignor.

modum, quem hominum natura desiderat, diligẽs est, licet in rebus suis maiorem non præstet curam. Itaque Vlpianus leuem culpam & rebus suis consuetã negligentiam in pari caussa statuit. Leuissimam denique culpam appellamus, quam non nisi sagacissimus & diligentissimus vir præcauere possit: quæ licet ad casum inclinare videatur, inter vtrunque tamen quid intersit docet Paulus in tractatu cõmodati. Nec enim leuissima culpa omnẽ omnino meretur excusationem. casus verò fortuiti, quibus resisti non potest, nullo ab homine præuideri consilio queunt. Sciendum autem est culpæ gradus certis doctrinæ præceptis distingui, & tanquam cuiusque culpę vim & magnitudinẽ metiri difficillimum esse, verũ iudicis ingenio & prudentiæ relinquendum, vt ipse exẽplis à prudentibus explicatis instructus, quandam similium rationem animo concipiat suo, quam in æstimando sequatur.

L. Mulier. j. §. s. deni. ad S.C. Trebellia.

L. In lege Aqui. ad l. Aquili.

L. In rebus. commo.

L. Quæ fortui. C. de pign. act. l. j. de obli. & act.

De Mora. Cap. 10.



Irari satis non possum, quid sit, quod interpretes omnia, quæ ad iurisprudentiam pertinent, exacta dialecticorum ratione metiãtur, atque barbaros sophistas

imitari quàm iureconsultos malint. Equidem multa esse à maioribus didici, quæ neque constitutione vlla, neque iuris authorũ interpretatione decidi possint. Ideóq; ea iudicis religioni & sapientiæ relinquãtur, qui cognita causa, & perpenso iudicio factum æstimabit. Est enim facti quęstio (inquit Papinianus) in arbitrio iudicãtis.[a] Quare an quis in morã inciderit, neq; ex prudentũ respõsis, neq; ex principũ placitis definiri potest.[b] Verùm si quid sit mora, breuiter explicari possit, ea mihi esse videtur iniusta dandi faciendíve quod dari fieri oportet dilatio.[c] Est autem iniusta dilatio, cũ per creditorem debitorémve steterit, quò minus id quod promissum est pręstaretur. Nam vtrinq; mora nasci potest.[d] Debitor verò in moram incidit (eius enim dilatio, mora sæpius dicitur) si id quod dare faceréve poterat débebátq; ĩterpellatus, aut alioqui sciens se dare facere oportere (quod quibusdam de causis vel sine denũciatione contingit)[e] minus præstiterit,[f] vel certè dolo,[g] culpáve ei proxima[h] fecerit, quò minus præstaret. Par est enim rẽ habere, vel dolo desiisse possidere.[i] Non is igitur morari videtur, qui debitum præstare non potest.[K] Fit autem mora vel ex re, vel ex persona. Ex re quidẽ, cũ re ipsa sine vlla denũtiatione cõtrahitur, vt fur

a L.j.ad.S.C.Turpil.
b l.Mora fieri.de vsur.
c l.Mora.l.Sciendũ.l.si quis solutũ.de vsur. l.Quod te. Si cer.peta.
d l.illud.de peric.& cõmu.rei vẽd. l.hominẽ certũ.in fi. Mãda.l.si mora.sol.mat. l.Qui decẽ.§.si cũ mihi.de solut.
e L.Itẽ veniunt.§.petitã.de pet.her.
f d.l.Quod te.l.si in Asia.Deposi. aliisq; vul.
g d.l.Quod te.
h l.Mulier.§.Sed enĩ.ad S.C.Tr.
i L.parẽ.de reg.iur.
K L.ij.§.Si quis in Si quis caut.l.iij §.si per vẽditorẽ.in

raptórve cõtrectando ac retinendo rem alienã non poteſt non eſſe in mora, & reſtituendi dilatione.[l] Is etiam, qui debitum ſeruum occiderit, vel dolo perdiderit, in moram ipſo facto incidit.[m] Iure quoque ſingulari propter libertatem fideicommiſſariam,[n] atque minorum cauſam[o] re ipſa moram fieri reſponſum eſt. Ex perſona dilatio fit, ſi quis interpellatus differat & producat ſolutionem. Non igitur ſola denuntiatio in mora debitorem conſtituit, ſed ſenſim atque paulatim ea naſcitur. Eſt enim moræ initium, interpellatio quã temporis interuallum ſequi neceſſe eſt, vt mora ſit ſemel facta. Ideoq; Vlpianus, ſtipulatio, inquit, collationis tunc cõmittitur, cũ interpellatus cũ aliquo ſpatio, quo cõferre potuit non facit.[p] huc pertinet quod Iurecõſulti eũ debere ſtatim ſoluere, cũ aliquo tẽperamento temporis intelligendum eſſe reſpondent.[q] Quamobrem creditor opportuno loco & tempore (quod apud iudicem examinabitur) debitorem interpellet neceſſe eſt. Quod ſi ſemel cùm illi denũtiauerit, repetendi debiti inſtantiam omittat, id eſt non perſequatur, ſed ſtatim ab interpellatione deſiſtat: is velle debitorem in mora conſtituere non videtur, verùm potius dilationem illi producere. Itaque reſponſum eſt non aliter

verſic. Mora autẽ. à ſenſu cõtr. de act. emp. & vẽ.
l. L. In re furtiua.
L. vltim. de cond. furti.
m. L. Si ex legati cauſa L. Mora. in fin. de verb. obliga.
n. L. Cũ verò. §. apparet. de fideico. lib.
o. L. iij. §. j. de admen. legat. l. in minorum. C. In quib. cauſ. in inte.
p. L. Si quis filium. §. ſtipulatio. de coll. bono.
q. L. ratum. l. Quod dicimus. de ſolut.

interpellati moram argui, quàm si semel atque iterum, hoc est sæpius ei denuntiatum sit, quod aliud nihil est, quàm repetendo debito instare. [r] Vnde moram eleganter Iureconsulti frustrationem appellant, [s] quæ non ex sola denuntiatione, sed eius à quo petitur cōtumacia & dilatione oritur. Hæc si intellexissent illi, qui duplicem interpellationem ad aliquem in mora constituendum requirūt, suos nouos & ineptos intellectus mutassent. Vnam enim tantùm interpellationem desiderant prudentes, modò ei insistatur. Sed permultos dubitasse non ignoro, an is qui ad diem certam obligatus est, solo diei lapsu in morā incidat. Equidem nō memini hanc à iuris authoribus expressè quæstionem tractari. Tantùm enim solo diei lapsu committi pœnæ stipulationem, eamque peti posse, etiam si debitor omninò interpellatus non fuerit, scripserunt. [t] Nam pœnæ obligatio ex conuentione potius, quàm ex mora pendet. contrahentes enim eò respexisse videntur, vt sine vlla interpellatione si intra præstitutum tempus res promissa non præstaretur, pœna committeretur. hinc dicitur diem pro homine interpellare. Neque Africanus necessariam esse interpellationem probat. Nā de illo dubitari posse ait, si interpellatus moram

r. L. Mora. de vsur. l. si conuenerit. de pignora. act. l. Aemylius largianus. de minori. l. si ex mandato Titij. §. ille aut ille. mandat. l. qui Romæ. §. Coheredes. de ver. obligat.

s. L. hominē certū. in fin. Māda. l. iij. in fin. de vsur.

t. L. Ad diē. de verbo. oblig. l. Magnam. C. de cōt. & cōm. stipu.

L. Traiectitia. de obligat. & act.

ram fecerit,an quanuis pecuniam poſtea offerat, pœna nihilominus committatur.Sed cum in reſponſi capite egerit de vi pœnalis ſtipulationis ad diem conceptæ, eámque ſine vlla interpellatione committi dixerit : eius aliam vim ſubiicit, quæ ex mora interpellatione facta naſcitur, pœnam ſcilicet nihilominus committi, quanuis pecunia poſt moram oblata ſit, atque ita moram ipſam oblatione non purgari. Ex eo igitur reſponſo colligi non poteſt moram non niſi interpellatione fieri, etiam ſi obligatio diem habeat.Quare ita diſtinguendum arbitror,vt ad diem certam obligatus,ſolo eius lapſu in mora conſtituatur, quà ſtipulationem reſpicit, id eſt ratione conuentionis, non quà aſſumptam & ex ſolius interpellationis effectu venientem cauſam tangit.Non poteſt enim debitor non eſſe in mora, qui elapſo tempore, quo daturum facturum ſe promiſit, conuentis minimè ſtat. Vt autem mora interpellationis aliquem effectum conſequatur,debitorem interpellandum ſentio. Ex conſenſu enim magis,quàm ex mora deberi pœnam diximus. Sed dies promiſſoris fauore adiicitur, [a] quam alioqui in eius odium conuerti oporteret contra iuris rationem. [b]

a. L. Quod in diem. de ſolu.§.Omnes. de ver. obligat.l. Cum tẽpus. de regu.iur.
b.L. Quod fauore.C.de legi.

Epitome tituli Digest. de contrahenda emptione & vendit. Cap. xj.



Vdiui admonentem sæpius clarissimum Iureconsultum & præceptorem meum Franciscum Duarenum, disci commodius Quiritum iura posse, si præcipui quíque tituli in certos locos digerantur. Atque ita ipse artificiosa ac propè diuina ratione ius nostrum enarrare solet: vt ex perdocto eius ad titulum de pactis commentario constat. Quem in aliis imitari conatus sum. sed nullus certè est, qui ad eruditionem promptámque eius docendi facultatem accedere posit: vt excusandus sim, si ipsum quàm proximè sequi nequeam. Itaque (vt eò vnde egressa est, nostra reuertatur oratio) hunc de contrahenda emptione & venditione titulum breui epitome complecti studeo. Is autem præcipuos quatuor locos habet. Quorum vnus his capitibus explicatur. Quàm antiqua huius contractus origo, quid differat à permutatione: quo iure introductus sit. Alter locus in his totus est: Inter quas personas ineatur, quibus modis, vtrum purè, sub conditione, in diem, vtrum in contrahentis vel alterius arbitrium con-

conferri poſsit, quæ ſunt de ſubſtantia huius contractus, an precium, res quæ vænit, & conſenſus. Tertius locus generalis eſt de pactis conuentis inter emptorem & venditorem. Quartus locus eſt quæ res vænire nequeunt, quæ perſonæ emere aut vendere non poſsint, & vtrum ſpes emi poſsit. Atque (vt a primo loco incipiam) emptionis origo antiquiſsima eſt, ſed tamen conſuetudine quadam ab omnibus peræquè gentibus obſeruari cœpit, cum antiquior propiórque iuri naturæ eſſet permutatio. Nam veteres nũmi vſum ignorantes, vt mutuas neceſſitates iuuarent, dandis accipiendíſque viciſsim iis, quæ ad ipſorum vtilitatem pertinebãt, mutuò negotiari & rerum permutatione commercari ſolebant. Ideoque Ioſippus in prima mundi ætate poſt iuris gentium contractus, nummi vſum memorat: vt probabile ſit de permutatione, depoſito, commodato & aliis contractibus qui nummo antiquiores fuerunt, eum loqui. Contractuum igitur omnium initia à permutatione profecta ſunt, nec vllus eſt contractus, qui non permutationis nomine contineatur: ſed cuiq; poſtea ſua nomina data ſunt. Et emptio ſolùm dicta eſt, cui nummus accederet. Verũ inter omnes cõtractus, ad permutationẽ pro-

pius venit emptio : ita vt vtriúſque promiſcua ſit ſignificatio,quemadmodum apud Græcos vti ex verſibus Homericis quos noſter Paulus refert, conſtat.Nunc autem diſtincta eſt à permutatione emptio. nã in emptione pro re pretium datur,in permutatione res pro re,vel pretium pro pretio : vt eleganter Paulus ſcribit. Pridem enim placuit emptionem rebus fieri non poſſe. Quanuis verò introductus ſit iure gentium hic cõtractus: poſtea tamen legibus, plebiſcitis, ſenatusconſultis, edictis & prudentum interpretatione cõfirmatus eſt. Nam primùm Romanis,aut iis certè ex quibus eos deſcendiſſe quidam ſcripſerunt,ſub Saturno emptionis vſus cognitus eſt, qui primus nummũ æreũ percuſsit:quod teſtatur Ouidius. At bona poſteritas,inquit, puppim formauit in ære, Hoſpitis aduentum teſtificata Dei.Sed multis poſt annis ędilitiũ edictũ propoſitũ eſt, & formulã de dolo malo in emptione Aquilius Gallus prodidit,vt præclarè Cicero noſter tractat. Alter locus è ſuperiori pẽdet. Cùm enim iure gentium introducta ſit,ea conſenſu perficitur, nec verba nec ſcriptura vlla requiritur. Ideoque & inter abſentes & per nuncium & per literas contrahi poteſt. Nam licet cum iis non poſſumus loqui , ſi tamen noſtræ voluntati quam

L. j. de contr. emp.
L. j. de permut.
Lib. j. faſtor.
Lib. iij. officio.

quam ipsis significauimus, consenserint: per-
„ acta est emptio. Mutus etiam & surdus natura
„ emere & vendere possunt: quia certis indiciis
„ suum cõsensum exprimere valẽt. Cõtrà dissen
„ sus emptionis, substantiã corrũpit. Vlp. in vẽdi L.ix.
„ tionibus, ait. Et emptionibus cõsensum debe-
„ re intercedere palam est. Cæterùm siue in ipsa
„ emptione dissentiant, siue in pretio, siue in ali-
„ quo alio, emptio imperfecta est, & postea. Nã
„ cum in corpore dissentiamus, apparet nullam
„ esse emptionẽ. Planè si in nomine dissẽtiamus,
„ verùm de corpore constet: nulla dubitatio est
„ quin valeat emptio & venditio. Nihil enim fa
„ cit error nominis, cùm de corpore constat. In-
„ de quæritur, si in corpore non erretur, sed in
„ substantia error sit: vt puta si acetum pro vino
„ vęneat, aut æs pro auro, vel plumbum pro ar-
„ gento, vel quid argento simile: an emptio &
„ venditio sit? Marcellus scripsit lib. vij. Dige-
„ storum, emptionem esse & venditionem: quia
„ in corpus consensum est, & si in materia sit er-
„ ratum. Ego in vino quidem consentio, quia
„ eadem propè οὐσία est, si modò vinum acuit.
„ Cæterum si vinum non acuit, sed ab initio a-
„ cetum fuit, vt embamma, aliud pro alio væniss
„ se videtur: in cæteris autem nullam esse vendi-
„ tionem puto, quoties in materia erratur. Hæc

Vlpian.Verùm ſi huiuſmodi ſit materia, vt ipſa quidem purè talis non ſit,qualem emptor putabat, ſed alterius materiæ admixtũ aliquid habeat,vt ſi inauratum pro aureo væneat: idẽ
L.xiiij. Vlpianus venditionem valere ſcribit. Quod ita intelligendum eſt, niſi materia, diuerſa re tantum cooperta pro ſolida væneat. Cũ enim mens contrahentium ea fuerit, non vt talis, qualis erat, ſed qualis exiſtimabatur res venderetur,non poteſt contra eorum voluntatem & conſenſum valere emptio. Sed etiam cùm
L.xlj. §.fi. valet erronea emptio, ex ea nihilominus ad præſtandum quod verè venditum eſt,emptori
L.xlv. agere licet. In venditionis quoque ſubſtantia pretium conſiſtit, vt ſine eo non poſsit illa
L.ij. perfici. ſatis autem eſt vt quacunque ratione venditori de pretio ſatisfactum ſit (veluti
L.liij. ti expromiſſore, aut pignore dato) id enim perinde habetur, ac ſi pretium ſolutum eſſet. Debet verò certum eſſe pretium vt res certa:
L.viij. ſiquidem nec emptio,nec vẽditio, ſine re quæ væneat, poteſt intelligi. Nam in incertis nullus eſſe conſenſus videtur. Aliquando tamen & ſine re vẽditio intelligitur:veluti cum quaſi alea emitur: quod fit, cum captus piſcium, vel auium, vel miſsiliũ emitur. Quãuis autem & res & pretium ſint ex venditionis natura:

ipſe

ipſe tamen cõtractus ſola cõuentione perficitur. Non enim pretii numeratio, ſed cõuentio perficit ſine ſcriptis habitam emptionem. in iis verò quæ pondere, numero, mẽſura conſtãt, etiam ſi de pretio cõuenerit, non tamen aliter videtur perfecta venditio, quàm admenſa, appenſa, adnumerata ſint: Idque quod ad periculum attinet. Sed hæc quanuis ſeruata ſint omnia, cauendum eſt, nihilominus, ne in contrahentis arbitrium conferatur emptio. imperfectũ enim illud eſſe negotiũ conſtat, quod eſt in alicuius voluntate, an ſcilicet obſtringi velit: imò ſi contractus ſub conditione factus ſit, eius vis ſuſpenditur: adeò vt ſi conditio defecerit, nullus reddatur. verùm adiectum boni viri arbitrium pro conditione habetur. Et ea exiſtente vtilis fit contractus. Cæterùm hoc modo & lege iniri debet cõtractus, vt nulla ſit obſcuritas vel ambiguitas. Sed hæc quæſtio ad tertiũ locũ magis pertinet, is autẽ eſt de pactis conuentis, quæ certè leges & conditiones à iureconſultis appellãtur. Verùm quia de iis alio loco diximus, ſatis erit nunc explicare quoddã Papiniani reſpõſum. Pacta cõuẽta, inquit, quæ poſteà, (ideſt ex interuallo & extra contractus progreſſum) facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur (ideſt reo

L.ij.

L.xxxv.& C.j.de periс.& commodo rei ven.

L.vij.& xxxv.

L. xxxvij.

L.vij.

L.xxij.

" ad exceptionem valent: quæ verò adiiciunt,
" credimus non inesse (id est actionem ex ipso
" contractu secundum id quod conuentum est,
" procreare) Quod locum habet in iis quæ ad-
" minicula sunt emptionis (quæ scilicet extra
" contractus substantiam sunt, valéntque tantū
" ad eius vim augendam) veluti ne cautio du-
" plæ præstetur, aut vt cū fideiussore cautio du-
" plæ prǫstetur. Sed quo casu agéte emptore nō
" valet pactum: idē vires habebit iure exceptio-
" nis agente venditore. non quidem omninò idem, quasi vnum sit, & eadem de re factum, sed eiusdem naturæ, quia etiam nudum est. Quod si pactum de iis interponatur ex quibus emptionis substantia consistit, vt de augēdo vel minuēdo pretio, an idē dici posit, quærit Papinianus. & Paulus notat. Si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum conuenit, recessum à priore contractu, & noua emptio intercessisse videtur. His explicatis ad eā veniamus quǫstionem, quam attigimus. Labeo scribit (vt refert Paulus) obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quàm emptori, quia potuit re integra apertius dicere.

L.xxj. re.quod etiam Papinianus lib. v. Quæstionum confirmat. Veteribus (inquit) placet pactionē obscu-

obſcuram vel ambiguam venditori, & ei qui locauit, nocere, in quorum fuit poteſtate legẽ apertius dicere. Sed idem Paulus contrarium ſibi Labeonem alio loco refert. Ait enim exiſtimaſſe eum, ſi in emptione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſeruum, neque intelligatur quis ex pluribus accedere debeat: cùm de alio emptor, de alio venditor ſenſerit, Stichum illũ deberi, quem venditor intellexerit. Verùm ita ipſos conciliare. I. C. poſſumus, vt ſi nulla cõiectura appareat, quid actũ ſit, lexq́ue ipſa cõtractus obſcura vel ambigua ſit, adeò vt vix intelligi poſsit quid inter contrahentes conuenerit: ſecundum emptorem aut conductorem interpretari pactum debeamus: quia venditor & locator legem apertius dicere poterant, ipſiq́ue magis lucrum facere videntur, quòd plerúnque, quæ ſibi ſuperflua ſunt vendant locentve, contrà verò quæ neceſſaria ſunt emantur vel conducantur. Quod ſi lex contractus clara ſit & aperta, & de mentis contrahentiũ interpretatione agatur, fauendum eſt venditori locatoríque tanquam reis potius, quàm emptori & conductori qui maiorem ex contractu vtilitatem quærunt. Sunt etiam pacta, quę venditioni inſeruntur, vt certam ei legem dent, veluti lex commiſſoria, & in diem ad-

L. xxxix. de pact.

L. xxxiiii.

dictio. Nihil enim aliud est lex commissoria, quàm pactio, quæ in venditionibus adiicitur huiusmodi, si dicta pretium die non soluatur, res sit inempta. Dicitur autem commissoria, quòd ipso iure & ex cõtractus natura cõmittatur conditio, & res sit inempta. Et ipsa quidem emptio pura & perfecta est, verùm sub conditione resoluitur. Vnde scholastici Doctores ineptè pactum legis commissoriæ dicunt, cum lex idem significet atque pactum seu cõditio. Cæterùm in diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quò res à domino abeat. sed emptio ita contracta, pura est, si hoc actum sit, vt meliore allata conditione, discedatur ab emptione, verũ sub conditione resoluetur. Sin autem hoc actum sit, vt perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis. Addictio autẽ dicitur ad auctionis quæ fit hasta in foro posita, similitudinem. Res enim emptori addicitur, cùm nullus accesserit qui meliorem attulerit conditionem. Vnde Cicero Philippica. ij. in Antonium. Cùm " te neque principes ciuitatis rogando, neque " maiores natu monendo, neque frequens se- " natus agendo, de vendita atque addicta senté- " tia mouere potuit? Quartus & postremus

L. ij. et al. de lege cõmiss.

L. eo. iiij. ti.

L. j. eo. tit.

L. j. & ij. de in diẽ addi.

Iocus est de personis & rebus. Non enim quibuscunq; emere & vẽdere licet. Nã tutor rem pupilli emere nõ potest. Idémq; porrigẽdũ est ad similia, id est ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerũt. Quod intelligendum est nisi palam & bona fide emant, vt de tutore Diocle. & Maximia. rescripserunt. Si enim illi rem eorum, qui sibi ipsis crediti sunt, viliori pretio distrahi videant, maiori comparare non prohibentur, modò nullus sit dolus. Non potest etiam quis ex officio quod gerit, aliquid emere, vt is qui officij causa in prouincia agit aut militat. Nam prædia comparare in eadem prouincia non potest: præterquam si paterna eius à fisco distrahantur, vt scribit Modestinus & præclarè Cicero in Verrẽ ostendit. Pupillus quoque sine tutoris authoritate rẽ suam vendere nõ potest. Sed nec inter patrem & filium emptio cõtrahitur, nisi de rebus castrensibus. Quædam autem res sunt, quæ in hominum commerciis habentur, in quibus scilicet illi negotiari possunt: Quædam commercio sunt exemptæ, vel natura, vt homo mortuus: vel iure gentium, vt mare, vt littus: vel moribus & iure ciuili, vt res sacræ, religiosæ, popu. Romani, & similes. Omnium verò rerum (vt inquit

L.xxxiiij. in fin. de cont. empt.

L.v. C. eo. tit.

L.lxij.

L.ij

L.xxxiiij.

„ Paulus) quas quis habere, vel posſidere, vel
„ perſequi poteſt, venditio rectè fit: quas autem
„ natura, vel gentium ius, vel mores ciuitatis cō
„ mercio exemerunt, earum nulla venditio eſt.
Cōtractus quidem omninò non valet, ſi vterque ſit fraudis particeps. ſed ſi emptor rem nō eſſe in hominum cōmercio ignorauerit, emptio eſſe intelligitur: vti à Pomponio lib. v. ad Sabinum ſcribitur. Et liberi (inquit) hominis, & loci ſacri, & religioſi, qui haberi non poteſt, emptio intelligitur, ſi ab ignorante emitur. Eá verò habet vim hic contractus, vt ex empto aduerſus venditorem experiatur emptor, vt id quod interfuit eius ne deciperetur, conſequatur. ad alium enim effectum emptio non tenet ſicuti Modeſtinus reſpōdit. Nullo igitur modo emi res poteſt, cuius ſcit emptor alienationem eſſe prohibitam, cuiuſque non ſit commercium. Vnde quidam exiſtimauerūt veneni mali emptionem non contrahi: quia nec ſocietas aut mandatum flagitioſæ rei vires habeat. Quæ ſententia (vt ait Caius) poteſt ſanè vera videri de iis, quæ nullo modo adiectione alterius materiæ vſui nobis eſſe poſſunt. De iis verò quæ miſta aliis materiis, adeò nocendi naturam deponunt, vt ex his antidota, & alia quædam ſalubria medicamenta conficiantur, aliud

L.iiij.

L.lxij.

L.vj.

L.xxxv.

dici

dici poteſt. Præterea in codice Iuſtinianæo extat titulus Quæ res vẽdi non poſsint,& qui vendere vel mercari vetantur,in quo ſunt duo Gratia.Valentin. & Theod. A A A. reſcripta. Quorũ vno prohibetur ne quis fucãdæ atque diſtrahendæ purpuræ,vel in ſerico,vel in lana, quæ blatta vel Oxyblatta, atq; hyacinthina dicitur,facultatẽ priuatus habeat. Altero autem iuſſum eſt comparandi ſerici à barbaris facultatem omnibus, ſicut iam erat præceptũ, præter comitem commerciorũ auferri. Quorum rationem eſſe opinor, rerũ caritatem, vanum faſtum,& immẽſum pretium.Pœna verò fortunarum atque capitis eſt.Sunt & aliæ duæ cõſtitutiones ſub eo titulo quę prohibent ne publici canonis frumentum, vel quod exercitui mittitur,in prædã lucrúmque vertatur. Sed & rei ſuæ emptio non valet,ſiue ſciens, ſiue igno- L.xvj.
rans emit, niſi conditionalis ſit emptio, quia fortè ſperatur rem emptoris eſſe deſinere. Sed ſi ignorans emit, quod ſoluerit, repetere L.lxj.
poterit:quia nulla obligatio fuit: nec tamẽ emptioni obſtat, ſi in ea re vſusfructus duntaxat ementis ſit. officio tamen iudicis pretium mi- L.xvij.
nuetur. Rem verò alienã diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt. Nã in rei corpore concurrit vtriuſque conſenſus, vt de eius tantùm,

qualis sit conditionis, non autem de alterius traditione senserint contrahentes, ideóque em ptio consistat: sed res emptori auferri potest.
L.xxviij. Sed quæritur, an spes vel casus aleæ emi possit. Equidem Pomponium scripsisse memini, spei emptionem esse, vt ea contrahatur, etiam si fal latur spes: vt cùm captus piscium vel auium
L.viij. vel missilium emitur. Aliud autem est in hæ-
» reditatis venditione. Cùm enim quis hæredi-
» tatem (vt scribit Paulus) vendit, esse debet hæ-
» reditas, vt sit emptio. Nec enim alea emitur, vt
» in venatione, & similibus, sed res, quæ si non
» est, non contrahitur emptio, & ideo precium
l.7.de hæred.vel act.vendit. cõdicetur. Plura dicere potuissem, sed satis esse putaui certam studiosis viam ad iura facilius concipienda indicare.

Synopsis tituli de actionibus empti & venditi.
Cap. xij.



PRæcedenti epitomæ hanc breuem tituli de actionibus empti & venditi, veluti synopsim subiicere conuenit, sed non eodem modo, eadémq; omnino ratione. Priùs enim de actione empti, tum de venditi secundum diuersas cuiusque vires dicturus sum. Actio igitur ex empto datur

tur emptori, in quam primùm res ipsa deducitur. Eam enim præstare venditorem, id est tradere oportet. [a] Verùm is necesse non habet illam emptoris facere, [b] Cùm autem huiusmodi contractus solum factum, non dominij trãslationem contineat, si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractum precacia venditoris non fiat, quanti interest compleri emptionem, tantum in condemnationis taxationem deducetur, non autem res ipsa præcisè. [c] Itaq; si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quãti rem habere emptoris interest. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest quàm res valet, vel empta est. [d] In hac verò eius quod interest disputatione, obseruanda est noua Iustiniani constitutio, quæ tanquam regula, quicquid à veteribus iureconsultis hac de re traditum est, moderatur. [e] Nec enim nouum est priores leges ad posteriores trahi. [f] Quæritur quomodo rẽ tradere venditor debeat. Et certum est id non dici traditum quod auocari potest. [g] Ideóq; possessio à venditore tradita non intelligitur, quę iure auocata est. [h] precaria tamẽ possessio, quæ quandoque auocari potest, [i] emptorem ad pendendas precij vsuras obligat. Hoc enim solùm spectare debemus, an habeat facultatem

a L. ex empto. Digest. eo. tit.
b L. Si ita distrahatur. de contra. empt.
c L. si traditio. C. de act. empt. iuxta l. si quis ab alio. de re iu.
d L. j. de act. emp.
e L. vnic. C. de sentẽ. quæ pro eo quod inter.
f Non est nouũ, & sequ. de le.
g L. Qui cõcubinam. §. si hæres. de leg. iij.
h L. iij. de act. empt.
i L. Et habet. §. eum qui. de preca.

fructus percipiendi:[K] quanuis venditorẽ, quò minus in id quod emptoris intereſt conueniatur, non liberet.[l] Nam is vacuam tradere poſſeſsionem debet.[m] At vacua dicitur poſſeſsio, quæ neque à domino,[n] neque ab alio aliqua de cauſa detinetur,[o] ſed rem omnino ſequitur. Proculus autem actione ex empto non agi, vt venditor vacuam tradat poſſeſsionem, ſcripſiſſe videtur.[p] Verùm ſpectare oportet, illum loqui, cùm mercedem conductionis ad emptorem pertinere conuenerat, vt ex principio eius epiſtolæ conſtat. Et tum quidem locationi ſtare compellitur:[q] atque ita à vacuę poſſeſsionis iure receſsiſſe exiſtimatur, vt etiã Scæuola de lege commiſſoria reſpondit.[r] quia multis modis propter locationem accidere poteſt ne venditor tradere poſsit. Sed niſi pactum contrariũ intercedat, vacuam (vt diximus) poſſeſsionem tradere cogitur, hoc eſt, non nudam rei traditionem, ſed bonorum cauſam.* Non obſtat quòd hæc bonorum cauſa in ſtipulatione fundum tradi non veniat:[a] quia in ſtipulatione, cũ ſtricti iuris ſit, acceſsiones non niſi à lite conteſtata veniunt, etiamſi ſtipulatus eſſem vacuã poſſeſsionem tradi: quia traditionis ſtipulatio nullam proprietatis tranſlationem continet. Verùm cùm diſertè Papinianus vacuę poſſeſſeſsionis

K L. Iulianus. §. ex vendito. de actio. emp.
l L. emptorem. §. j. quæ in Pãdec. Flor. cõiũgitur. l. ex empto. eo. ti.
m L. Cùm res. C. de probat.
n l. fi. C. vnde vi.
o L. ij. §. j. de act. em.
p L. Si cum fundum. de contra. em.
q L. emptorem. C. locat.
r L. de lege. in fi. de lege commiſſ. L. Si fundus. in ver. Nam etſi locat.
* In cõuentionalib. de verb. oblig.
a L. ſi filiuſfa. §. fi. de verb. oblig. L. videamus. ij. §. ſi actionem.

sessionis stipulationem continere fructuũ præstationẽ responderit, diuersum in stipulatione, quàm in emptione constitui non debet. Itaq; probabilius est interesse, an emptor ipse stipuletur, an verò alius. Si enim rem tradi alius stipuletur, fructus nõ veniunt. contrà si vacuam possessionem. hæc enim verba causam bonorũ continẽt. Si verò ipse emptor fundũ tradi stipuletur, vacua possessio omnino cõprehenditur, cùm res tradi aliter non dicatur. Verũ fructus ante stipulationem perceptos, non ex stipulatu actione, sed ex empto consequetur. Quæritur, quid præstare vẽditor debeat, & an ignorantia eum excuset. Et Paulus quidem scribit venditorem, qui de tributo nihil dixerit, scientem teneri ex empto. quòd si ignorãs non prędixerit, nõ teneri. Iulianũ etiam sensisse de eo, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vẽdidit, refert Vlpianus, vt sciens omnia præstet emptori detrimẽta. Ignorãs verò ad id tantùm teneatur, quanti minoris esset empturus. Sed in doliis aut vasis vitiosis nihil differẽtiæ inter eum qui sciens, & eum qui ignorans vendidit, locauítve, Põponius & Vlpianus constituerunt. Sed distinguendum est vt vẽditor, qui facilè vitium scire poterat, in id quod interest teneatur, etiamsi de rei integritate nihil affir-

de vsur. l.iij.§.j. de act. em. L. si rem tradi. de verb. obliga. L. si stipulatus sis. de vsur. d.l. si filiusfa. d.l. Si stipulatus. d.l.iij. L. Si sterilis. §.j. de act. em. L. Iulianus. eo. titu. L. Tenetur. §. Si vas. eo. tit. l. sed addes. locat.

L. penult. §. fin. de act. emp. L. Si vēditor. in prin. eo. tit.

mâuerit. ſin autem huiuſmodi ſit vitium, vt cognoſci facilè non potuerit: is ignorantia excuſetur. Præterea tenetur venditor ea præſtare, quæ venditioni acceſſura dixit, non integra, ſed qualia erũt, ſi ſe ad ſpecies certo loco incluſas obligauit, modò expreſſus ſpecierum numerus integer præſtetur. Sed non ille ad id tenetur quod ipſe ignorabat cũ emptor ſciret.* Imò quanuis nõ ignorauerit: ſi tamen emptor ſcierit, non videtur eſſe cælatus, nec certiorari debuit. Quod ſi vterque neſcierit, quantò minoris empturus erat, actione ex empto à venditore conſequetur emptor. Videtur autem Caius æſtimatorium iudicium, id eſt, quantò minoris emptori dare contra venditorem, qui de mancipio affirmauerit.[a] At loquitur de quantò minoris æſtimatoria actione appellata,[b] quam ædiles in duobus caſibus inuenerunt, vel cùm alicuius animalis venditor, illius non animi[c] ſed corporis vitium cælauit,[d] vel de ipſo animali falſa quædam affirmauit.[e] Quibus etiam caſibus redhibitoria prodita eſt actio.[f] Sed cùm ciuili empti actio plenior ſit, ad id quod à venditore cælatum eſt, conſequendum,[g] ad ídque quod falſò affirmatum eſt, cùm in eam, id omne quod intereſt veniat:[h] ſuperflua & inutilia videntur hæc prætoris

* l. Si minor. C. eo.

L. j. in fi. eo. d. l. Iulia.

a L. Si quid venditor. de ædili. edic.

b L. Bonē. §. aliquã. de ædilit. edict.

c L. j. circa fin. de ædil. edict.

d L. Aediles aiunt. de ædilit. edic.

e d. l. ſi quid venditor.

f d. l. j. verſic. j. in fin. de ædil. edi.

g l. j. §. j. de act. empt.

h d. l. Si minor.

toris remedia. Sed obseruandum est actionem redhibitoriam in duplum semper competere, cũ omnia non redhibentur.[i] Actio verò ex empto in id tantùm, quod emptoris interest, vt diximus, quod licet ad duplum aliquando æstimetur:[lz] ostendit tamen Vlpianus illud interdum non egredi simplum.[l] At quantò minoris actionem introductam esse arbitror propter animalis venditi damnum, quod cùm quotidie committi possit, in obscuro esse dicitur,[m] cuius nomine totiens agitur, quotiens committitur.[n] Sed & inspiciendum esse reor, quod vulgò dicitur, difficilem esse eius quod interest probationem.[o] Nam inde constare videtur commodius fore in omnibus rebus venditis vel redhibitoriam, vel quantò minoris actionem intendere.[p] Deinde hæc actio empti datur ad quanti plurimi accessionem, quæ dicitur vtilitas circa rem.[q] verùm ea non debetur, nisi mora commissa. Mora verò committi videtur, cùm nulla difficultas venditorem impedierit, quò minus traderet.[r] Cùm igitur venditor, qui pretio accepto, vel cui alio modo satisfactum est, rem non tradit, non possit non esse in mora: condemnari debet, vtro tempore pluris res fuerit, vel quo vænit,

i. L. Redhibitori s. de ædil. edict.

lz. L. vnic. C. de sent. quæ pro eo. &c.

l. L. j. de act. emp.

m. L. Euicta re. §. fi. de euict.

n. L. Si procurator. rem rat. habe.

o. L. Fin. de præt. stipul.

p. L. Sciendũ. ij. de ædilit. edict.

q. L. Si sterilis. §. Cũ per vẽdito. de act. em.

r. L. iij. §. Si per. eo. tit.

vel quo lis in condemnationem deducitur, id est vel tempore contractus, vel eo, quod a lite contestata ad rem vsque iudicandam currit. Competit quoque hæc actio ad fructuum restitutionem, etiam eorum, quibus iam maturis ager distractus est, nisi aliud cōuenerit. In omnibus enim bonæ fidei iudiciis fructus omni modo præstantur, & quidem ex mora. Datur etiam hæc actio euicta re vendita, ad id quod interest,[a] quanuis de euictione nihil conuenerit.[b] Sunt autem aliæ duæ actiones, quæ euictionis nomine competunt. Alia ex stipulatu, in simplum, duplum, triplum, vel quadruplū concepta,[c] quæ tunc committitur, cum emptor propter euictionem rem habere non potest.[d] Alia euictionis dicitur actio,[e] quæ emptioni ex ipsius natura inest etiam sine vlla cautione. Et hæc quidem simplæ actio à Pomponio appellatur,[f] quâ præter simplam nihil à venditore euictionis nomine petitur: Alioquin erit actio ex empto, si hoc quod interest petatur[g] aut duplo si ob id ipsum quod euictū est, in duplum agatur.[h] Nunc de venditi actione dicamus. Actio venditi datur venditori ad eá consequenda quæ ipsi ab emptore præstanda sunt.[a] Et primum quidem ad nummos cōpetit, quos illius facere emptor cogitur.[b] Quia num-

L. Iulianus. §. Si fructibus. eo.
L. videamus. §. si actionem. de vsur.
a. L. Euicta re. de euict.
b. d. L. Emptorem. §. Cassius ait.
c. L. Si dictū. l. Lucius. §. fin. de euict.
d. L. Si seruus vendi. de euict.
e. L. Cū plures. de euict.
f. L. Hoc iure. de euict.
g. L. Si in venditione. de euict.
h. d. §. Cassius. & l. ij. de euict.
a. L. Iulianus. §. ex vendito.
b. L. Ex empto.

nummi qui certi sunt,[c] in obligationem eius quod interest, quæ omninò est incerta,[d] conuerti non possunt.[e] Hæc igitur actio ad pretiū exigendum [f] pertinet: nec prius ex exēpto agitur, quàm pretiū ab emptore solutum sit, aut certè [g] oblatum, vel etiam depositum.[h] Datur quoque hæc actio ad vsuras pretij post diē traditionis. Nam cùm re emptor fruatur: æquissimum est, eum pretij vsuras dependere [i] quāuis nulla mora intercesserit.[lz] Prius autem exigi ab eo vsuras non decet, quàm ipsi res tradita sit, cùm fructus non perceperit.[l] Præterea competit hæc actio ad restitutionem fructuū ante venditionem contractam perceptorum, qui cū venditioni non accesserint, eos emptor inuasit.[m] Datur etiam ad sumptuū repetitionem, qui in re distracta facti sunt.[n] Et ad consequendum quantò pluris res valeret, si quod ex ea tempore contractus ablatum erat, venditorem non latuisset.[o] Verisimile est enim id venditum ab illo non fuisse.[p] Deinde competit hæc actio ad id omne, quod ab emptore præstari conuenit: ad idque implendum quod pepigerunt,[q] maximè si vilius ideò fundum vendiderint.[r] Tum si minus id, de quo conuētum est fiat, ad id quod interest ex vendito agetur.[s] Datur etiam venditori, si emptoris dolo

c. L.3. de in lit. iur.
d. L. fin. Si quis in ius vocat.
e. L. Fin. a cōtra. sensu.
de præ. stip.
f. l. Venditi. C. eo.
g. L. Iulianus. §. Offerri.
h. L. Si soluturus. in fin. de solut.
i. d. §. Ex vendito.
lz. L. Curabit. C. eo.
l. L. Libertatis. de vsur.
m. L. ij. C. eo.
n. L. Iulianus. §. Præterea.
o. d. L. Iulianus. §. Si venditor.
p. L. Tenetur.
q. L. Qui fundum. de cont. emp.
r. L. Fundi partem. de cōtra. empt.
s. L. Prædia. de act. emp.

t.d.§. Si venditor. u.L. Si dolo. C. de resscind. vẽdit. a.L. Ex empto.& al. de act.emp.

res minoris distracta sit.[t] Est enim à bona fide (quæ in huiusmodi contractibus exigitur)[u] alienum, alicui suam prodesse machinationem. Postremò actiones illæ ad resoluendum contractum dantur.[a]

Ad l.ij. in §.Mutui datio. Si cert.peta.

Cap. xiij.



Vtui datione contrahitur obligatio. In his autem rebus mutui datio consistit, quæ pondere, numero, mensuráve constant. Earum enim rerum datione mutuum contrahitur, quia tã in genere suo functionem recipiũt per solutioné, quàm specie. Res autem funguntur, quæ ad eum vsum conferũtur, cuius gratia cõ paratæ sunt, hoc est (vt eleganter Duarenus explicat) cùm dantur, soluuntur, aut consumuntur. Sic in epitome ex Vlpiani libris collecta legimus, dotem, quæ semel functa est, amplius fungi non posse, id est, dotem, quæ in prius matrimonium data est, in eum statum reuerti, ac in posterius matrimonium aliter conuerti non posse, quàm cùm (inquit Paulus) hoc agitur. Et apud eundem Vlpianum dotis collatione fungi notauimus. Verendum autem est, ne non recipi hæc interpretatio possit. Nam quanuis (vt quidam ex ea cólligũt) videa-

L. Dotem quæ. de iur. dot.
L. iij. de collat. dot.

videatur Paulus alias res diſtinguere, quarum ſolutio rectè fit in ſpecie, ab iis quæ in ſuo genere ſoluuntur, non in ſpecie: quis eſt tamen, qui non abſurdum eſſe videat, dicere res ſolui in ſuo genere per ſolutionem? Equidem obſeruandum arbitror, hæc verba, fungi, & functionem recipere, multiplicis & variȩ ſignificationis eſſe: vt rectè explicari nequeant, niſi accomodentur ad rem de qua agitur. Nam & rerum pretia non ex affectu, nec vtilitate ſingulorum, ſed communiter fungi dicuntur, cùm æſtimantur. Nummorum enim, qui rerũ pretia conſtituunt, vera ſubſtantia in æſtimatione & valore conſiſtit: & eum fungi Valla oſtendit, qui officium ac munus aliquod obit. vnde Plautus. Te abſente hic munus fungitur tuum, id eſt tuas partes agit. & pœna fungi dicitur is, qui pœnam patitur. [a] fungi pignoribus, qui dat pignora. [b] fungi depoſitione auri, qui aurum deponit. [c] fungi tributione, qui tributum ſoluit penſitátque Reipublicæ: [d] & functiones appellantur præſtationes. [e] Eſt autem mutui natura in eo tota, vt res quæ data eſt, eiuſdem naturæ & qualitatis reddatur, adeò vt res quæ à debitore ſoluente venit, ſic creditoris fiat, quaſi ab eo nunquam profecta eſſet illa, cuius ratione in creditum

L. Pretia rerũ. ad leg. falcid. & l. Si ſeruũ. ad leg. Aquil.

a. L. In metallum. de pœnis.
b. L. Pretoriæ. de pret. ſtipu.
c. Ea. l. prætoriæ.
d L. Filij. ad munici.
e. L. iij. de mun. & hon. l. 1. & fi. C. de pri. do. lib. xj.

prius itum eſt. Nam earum rerum mutuum eſſe dicitur, quarum adeò commutabilis eſt natura, vt altera alterius omninò vicem ſuppleat, & quæ (vt ait Paulus) tantundem præſtant. Eſt igitur in mutuo rerum quæ præſtantur ſoluuntúrque, commutatio quædam, vt rectè Papinianus dixerit. Si certos nummos, veluti quos in arca habeo, aut certam lancem quis legauerit: non numeratam pecuniam, ſed ipſa corpora nummorũ vel rei legatæ contineri: neque permutationem recipere, & exemplo cuiuſlibet corporis æſtimanda eſſe. Verùm ipſe (mea ſententia) eodem ferè ſenſu permutationem recipere, quo Paulus, functionem ſcripſit. Mutuus enim vſus & viciſsitudo pecuniæ numeratæ, aliarúmque rerum, quæ pondere, numero, menſura conſtant, permutatio quædam eſt. Atque illæ ſic fungi dicuntur vt non ſpecies ipſæ, ſed eadem genera mutua vice quodammodo permutentur. Vis autem ſola in ſolutione conſiſtit, quia res redduntur, quæ tantundem præſtant Hæc interpretatio clarè & ad Pauli ſententiam appoſitè hunc locum explicat.

L. Certum eſt. hoc titu.

L. Sed ſi certos. de lega. & fidei. j.

Conciliatio

Conciliatio Vlpiani & Africani responsorum. Cap. xiiij.



Lpianus lib. xxxj. ad edictum ex ea causa creditam fieri pecuniam, si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, scribit: idque benignè receptum est. videtur enim pecunia à me ad te profecta, cum conuenerit, vt crediti nomine eam retineas: Ideoque mutuũ contrahitur, mihíque obligaris. Nec enim rei præsentiã nec rem paratam mutui contractus exigit, sed satis est rei dominium creditoris esse, quod in debitorẽ re vera transferat. Quanuis autem re ipsa, nummi qui à debitore proficiscuntur, creditoris non sint: quia tamen eos creditori soluisse videtur debitor, eosdémque per eum creditor alteri dedisse, in creditum itur, & is qui accepit ex mutuo obligatur. Nec dissentit Africanus, si tota lege perspecta, quid ipse sentiat perpendamus. Cum Lucij Titij procurator, inquit, à debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum misit, « qua significaret certam summam ex admini- « stratione apud se esse, eámque creditam si- « bi, se debiturum cum vsuris semissibus. In ea specie Iureconsultus creditam esse pecu-

L. Singularia. Si certũ petat.

L. Qui negotia. Mãdati

niam, atque mutui actione procuratorem teneri negat, alioqui dicendum esset, ex omni contractu, nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Nam hæc species illi quam tractat Vlpianus, similis non est. Alium enim pecunia ex mutuo debita non obligat, nisi cui tradita & acquisita sit, quia sine traditione mutuum non contrahitur. Vt autem rei dominium ad alium trāsiisse videatur: eam certè à domino profectam esse oportet. Itaque cùm debitorē meum pecuniā tibi dare iubeo: videor quod meum est in te transferre. Qui verò mea procurans negotia, pecuniam à debitoribus meis exigit, licet mandati nomine teneatur, pecuniam tamen à me creditam non accepit, nec ideò mutui obligatur. Nulla enim à me facta traditio intelligitur, cùm debitores mei pecuniam procuratori non tanquam eius futurā dederint, sed tāquam ad me venturā. Nō autē ex omni contractu nuda pactione, cui scilicet nulla accessit traditio, pecunia credita fieri potest. At ego procuratori meo nec iusseram, nec permiseram, crediti nomine pecuniam illam habere, sed is simpliciter tantùm promiserat mihi, eam se debiturum cum vsuris semissibus. Vnde constat ineptè scholasticos Doctores distinguere, pecunia sit præsens

an non: parata solutioni, an non sit. Nec enim mutuum hanc distinctionem requirit, sed satis est rem dantis esse, eámque accipiẽtis fieri. Sed & ineptius illud videtur, quod docti quidã viri finxerũt interesse, an res sit apud eũqui nudo pacto vult illam crediti nomine habere, an verò ipsam consumpserit: Atque Africanum interpretantur in ea specie, in qua pecuniã ad vsus suos ignorante Titio conuerterat procurator. Nam si quis Africani responsum propius inspexerit, ipsum de eo facto consultum fuisse intelliget, in quo dicebatur pecuniam apud procuratorem fuisse, cũ epistolam ad dominum mitteret: vt verius sit, siue adhuc extet, siue consumpta fuerit à procuratore pecunia: ipsam in specie Africano proposita, creditam nõ fieri. Ratio autẽ est in promptu, quia inter dominum & procuratorem nullus intercessit contractus, ex quo in creditum iretur.

Ad L. Certi iuris. C. locati.
Cap. xv.



O iure vtimur (inquit Neratius) vt quæ in prædia vrbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè conuenerit. In rusticis prædiis contrà obseruatur. Cuius *L. Eo iure. ex quib. cauſ. pign.*

L.Itē quia. de pact. l. Licet. Ex quib. cauſ. pign.

ſententia neque Paulo, neque Vlpiano diſplicuit. ij enim cum de obligandis tacitè inuectis illatis agunt, diſertè ac ſpeciatim prædia vrbana nominant, nec generali verbo vtuntur. Neque verò diſſentit Iuſtinianus, cùm generaliter res conductoris illatas tacitè obligari non ſentiat, ſed ius inuectarum a conductore rerum, quæ domino pro penſionibus tacitè obligantur, non ſolùm in vtraque Roma & territorio locum habere, verùm etiam in prouinciis. Eius itaque conſtitutionem ad vrbana prædia ſolóſque inquilinos pertinere conſtat. Differentiæ autem ratio inde apparet, quòd prædium ruſticum non habitandi cauſa, ſed fructuum percipiendorum conducatur: ideoque fructus qui in eo naſcuntur, tacitè pignori eſſe domino fundi locati intelligantur, etiam ſi nihil conuenerit. Vrbanum verò prædium ſine fructus accreſcentis ſpe, ob habitationem conducitur. Quare in illud ipſum inducta illata pignoris iure tacitè obligantur: quanuis ſimpliciter inuecta ſint, neque expreſſa hypothecæ mentio facta ſit. Res autem à colono in prædium inductas, non aliter obligari traditum eſt, quàm ſi nominatim atque ſpeciali conuentione in pignoris cauſam in fun-

L.Vlt.C.ex quib. cauſ. &c.

L. In prædiis.ex qui. cauſ.

Theoph. in §.Itē. Seruiana.inſti. de act.

fundum inferantur, pactóque adiecto pro pensione domino fundi obligentur. Itaque tum demum obligatio locum habet: cum res coloni vt sint & quasi inhabitent in prædio, inuectæ illatæ sunt. Nec eas in fundum inductas esse dominus ignorat. Ita respondit Caius,[a] atque imperatores Diocler. & Maximia. rescripserunt.[b] Desideratur enim domini voluntas (quæ ex scientia venit) atque expressa conuentio, qua specialiter inuectæ res pignoris nomine obligentur. Hanc nostram opinionem vulgari doctrinæ contrariam probat Alexander in hac constitutione, nam dominorum scientia & voluntate (habet enim & voluntatem scientia *) à colonis inuecta illata pignoris iure, dominis prædiorum teneri statuit. Huc quoque pertinent Pauli & Vlpiani responsa, Scripsit enim ille, si cui prædium colonus locauerit, posterioris conductoris res domino non obligari. Hic verò friuola cæteráque ab eo inducta, qui certam domus partem ab inquilino conduxit, tacitè domino teneri respondit. Prædij autem vrbani appellatione, vrbanã intelligo villam, id est amplam & ornatam, licet ruri positam, quæ ad habitandũ maximè conducitur, vt fundus exiguus ei accessio sit, &

L. In prædiis. §. videndum. ex quib. caus.
a. L. Potior. §. Si colonus. Qui potior. in pigno.
b. L. Si non inducta. C. ex quib. caus. tac.
* L. j. Si fa mil. furt. fecis. dica.
L. Si in lege. §. Si colonus. Locat.
L. Solutũ. §. solutã. de pign. act.

L.Quid tamen. Quib. mod. vsusf. amitt. magis voluptate afficiat, quàm reditibus locupletet. In hanc enim illatæ res domino pignoris nexu obligantur, qui ad paucissimos fructus parem pensioni recursum non haberet. Sed & rustica quædam prædia sine fructibus sunt, quæ in causa pignoris non multùm ab vrbanis differunt: cuiusmodi sunt stabula ab ædificiis remota. d.l. Eo iure. §. fin.

Ad l. Quinque pedum. C. finium regundorum. *Cap.* *xvj.*



VT certa perpetuáque confinium agrorum distinctio esset, & ne vlla de finibus controuersia inter vicinos moueretur: voluerunt Decemuiri spatium aliquod medium relinqui, quod liberum semper esset & commune: illúdque nunquam vsucapi statuerunt. Ipsum autem fuit quinque pedum, vt præclarè M. Tullius Cicero libro primo de legibus scribit. In controuersia (inquit) de finibus vsucapionem 12. tabulæ intra quinque pedes esse noluerunt. Postea lex Manilia lata est, qua constitutum fuisse ex eodem Cicerone collegi, vt quoties de his quinque pedibus controuersia esset, eligeretur arbiter siue agrimẽsor, qui eos rege-

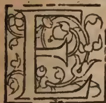
regeret, artéq; ſua terminaret. Si de maiore ſpatio quęrebatur: de loco, nõ de fine lis eſſe dicebatur, & vt loci cõtrouerſia, quòd vſucapi poſſet, exemplo aliorum iudiciorum apud magiſtratum peragebatur. Qua de re Iulius Frontinus Conſtantini reſcriptum refert, quo arbitrum finalem controuerſiam, cùm intra quinque pedes locum de quo agitur apud Pręſidẽ, eſſe cõſtiterit, dirimere poſſe, conſtitutum eſt. De maiore autem ſpatio cauſam, quæ non finalis, ſed proprietatis eſt, apud pręſidem debere terminari. Extat etiam & apud eundẽ Frontinum, & in codice Iuſtinianæo Theodoſij cõſtitutio, quam enarrauit doctiſsimus I.C. Andreas Alciatus, & ea duobus modis ſublatam quinque pedum præſcriptionem exiſtimat. Nam primùm illam explicat de vſucapione quinque pedum, quam & olim ſuſtulerant leges 12. Tabularũ. Tum de præfinitione, quam non debere obſeruari, ſed ab ipſo termino, finium menſuram ordiri ſentit. Verùm clariſsimus iuris Romani veterúmq; legũ interpres Franciſcus Balduinus, priorẽ interpretationẽ ex Iuſtiniani mẽte qui reſcriptũ illud in ſuum codicẽ retulit, magis probat. Ego verò Theodoſium eam edidiſſe conſtitutionem, vt id tolleret, quod iam 12. Tabul. lege ſublatum erat,

non opinor,sed ipsum voluisse, vt nulla quinque pedum exceptio seu præscriptio obiiceretur, verùm liberè de agrorũ finibus, vel de locis apud magistratũ ageretur. Is igitur distinctionem quam fecerat Constantinus,corrigit: aut certè huius constitutionem latius extendit: vt siue locus intra quinque pedes cõsistat, siue maius sit spatium,mota de finibus cõtrouersia liberè, id est (vt interpretor) ordinariè apud magistratũ peragatur. Mouet me vt ita sentiam,tituli huius inscriptio,quæ est Finium regundorum,non de vsucapionibus,tum præscriptionis significatio, quam pro exceptione accipi titulus Digestorum de exceptionibus, præscriptionibus, & præiudiciis ostendit, & Quintilianus lib.vij. cap.vj. Est enim duplex (inquit) eius disceptationis conditio,quòd aut intentio,aut præscriptio habet controuersiam: & Vlpianus atque Paulus exceptionis ac præscriptionis nominibus indifferenter vtuntur, expressè adeò, vt aliorum authoritate opus nõ sit. Denique ipsius constitutionis verba meam disertè sententiam probant: quæ ideo subieci: Quinque pedũ præscriptione submota, finalis iurgij, vel locorũ libera peragatur intentio.

L. An vitiũ. & l. creditor. de diuers. tempo. præscr. &c.

An

An in vsucapionibus à momẽto ad momẽtum, an verò totus nouissimus dies numeretur. Cap. xvij.



X continuata possessione vsucapio perficitur. sed quomodo ea procedat, & quousque exigatur, non satis inter iuris authores conuenit. Vlpianus in vsucapionibus inquit, non à momento ad momentum, sed totum ad postremum diem computamus (sic enim hunc locum restituit & legit Haloander.) Ideóque qui hora sexta diei Calendarum Ianuariarum possidere cœperit, hora sexta noctis pridie calendas Ianuarias implet vsucapionem. Solebant enim Romani à media nocte diem incipere, eámque horam sextam noctis, sicut horam sextam diei, meridiem vocabant. Sed Venuleius, In vsucapione ait, ita seruatur, vt etiamsi minimo momento nouissimi diei possessa sit res: nihilominus repleatur vsucapio: nec totus dies exigitur ad explendũ constitutũ tẽpus. Equidẽ ipsos iurecõsultos non cõtraria, sed diuersa potius scribere existimo. Sẽtit Vlpianus, vt vsucapionis tẽpus non à momento ad momentum, sed totum ad postremũ diem computetur, id est vt currat & progrediatur ad nouissimũ vsque diem, in eoque perficiatur vsucapio, non autem ipsa pos-

L. In vsucapionibus. & seq. de vsucap.

L. In vsucapione. de diuer. temp. prescr.

ſeſsionis mométa,primũ ſcilicet ac vltimũ ſibi correſpondétia obſeruentur. Ait auté Venuleius ſatis eſſe, vt minimo momento nouiſsimi diei poſſeſſa ſit res,nec totum diẽ ad explẽdũ conſtitutũ tépus exigi, id eſt vt cũ tempus continuatæ poſſeſsionis ad nouiſsimũ dié venerit, perfecta céſeatur vſucapio, nec expectetur donec totus ille dies elapſus ſit.Potius igitur interpretari,quod Vlpianus ad dié poſtremum computari vſucapionis tempus dixerat, videtur Venuleius,quàm contrarium aliquid ſcribere. Eſt alia difficilior in hac diſputatione quęſtio,an in dilationibus & temporalibus actionibus aliud ſtatutũ ſit. Sed de ea libro ſequenti dicturus ſum, atq;nullũ diuerſum ius a Romanis in perficiendis his præſcriptionibus obſeruatũ fuiſſe contra omniũ interpretũ ſẽtẽtiam probaturus.nã quod Paulus totum nouiſsimum diem impleri vult, non ſic accipiẽdum eſt, vt ſcholaſtici doctores arbitrãtur,ſed vt ipſe alio loco interpretatur.

L.In omnibus.de obliga. & act.

De criminali & ciuili iudicio. Cap. 18.

In orat. pro Cecinna.



Mnia iudicia,inquit Cicero,aut diſtrahendarum controuerſiarũ aut maleficiorum puniẽdorum cauſa reperta ſunt. alterũ quidẽ

leuius

leuius eſt, propterea quòd & minus lędit, & perſæpe diſceptatore domeſtico diiudicatur: alterum vehemẽtiſsimum, quod & ad grauiores res pertinet, & non honorariam operam amici, ſed ſeueritatem iudicis ac vim requirit. Ad maleficia verò vindicanda vel læſo rei familiaris damnum perſequi, vel cuiuis è populo nocentem accuſare licet: vt is, cuius audacia reipublicæ tranquillitatem perturbauit, legitimà pœnà, vel alià extra ordinem, magiſtratus arbitrio infligenda coerceatur. hinc ciuiliter, aut criminaliter agere quis dicitur. Ciuile autem iudicium appello, quod imperatores Diocletianus & Maxim. pecuniarium vocãt. Hoc enim aliò non pertinet, quàm vt æſtimatione facta damni, quod actor perpeſſus eſt, pœna reo imponatur. Et nihil quidem intereſt, an quis publicam cauſam ſuſcipiẽs, pecuniariam condemnationem conſequatur, an verò de priuata iniuria, damnóve ſuo quis agat. vt enim ciuile iudicium dicatur, ſatis eſt ipſum ita tractari, vt magis ad reſarciendum detrimẽtum, quàm ad pœnam irrogandam inſtitutum videatur. vnde ſæpius pecuniaria lis, & criminale iudicium opponuntur. Iudiciorum autem criminalium duo ſint genera, quædam priuata, quædam publica. Priuata dicuntur, quæ li-

L. vlt. C. & §. in ſumma. inſti. de iniur. l. Ordo. de pub. iudic. Et Dig. tit. de extraor. cri. l. ſac. l. j. de crimi. expilat. hæred. l. lex repetũ. L. interrogari. C. de quæſt. L. properãdum. C. de iudic. l. . de teſtib.

cet criminis perſequutionem contineant, non tamẽ ex legibus publicorum iudiciorum deſcendũt. Iudicia verò publica dici cõſtat, quæ, vt vigor publicæ diſciplinæ poſtulat, exercentur, ſiue quæ ad continendam & conſeruandã reipublicę tranquillitatem conſtituta ſunt. Licet autem publica quoque dici iudicia poſsint ea, quæ priuatam criminis perſequutionẽ continent: quod Reipub. interſit, vt cuiuſque cohibeatur mala mens, malúſque animus, qui humanam ſocietatem, & vitæ quaſi communitatem violare voluerit: raro tamen ita appellari legimus. Iudicia publica eſſe ea Vlpianus ſcribit, quæ ex legibus publicorum iudiciorũ veniunt, id eſt, ex iis legibus, quæ huiuſmodi quæſtiones ad populum pertinere voluerunt. Dicta ſunt autem publica, quòd cuiuis ex populo executio eorũ plerunque datur: vel (vt is ipſe Vlpianus ſcribit) quòd iis cuilibet ex populo experiri licet, niſi ſi cui lege aliqua, accuſandi publico iudicio non eſt poteſtas. Vnde conſtat eos falli, qui Iuſtiniani ideo reprehendunt interpretationem, quia etiam popularibus actionibus ea conuenit. Nam populares actiones, publicas quoque Paulus vocat. In popularibus (inquit) actionibus iuſiurandum exactum, ita demũ aduerſus alios proderit, ſi bona

L. locatio. §. Quod illicitò. de public.

L j. de public. iudic.

§. j. Inſt. de public. iud. L. Palam. §. Senatus cenſuit. de ritu nupt.

L. Eũ qui. §. In popularibus. de iureiur.

bona fide exactum fuerit. Nam & si quis egerit, ita demum cõsumit publicam actionem, si non per collusionẽ actum sit. Et inter populares quidem actiones, & publica iudicia hoc interesse videtur, quòd illæ pecuniariꝫ sint suum ius populo tuentes: hæc verò accusationem cõtineant, criminaliáque sint. Equidem non temerè veteres Romanæ Reipub. principes voluisse existimo, vt si quę de his maleficiis decernendæ essent quæstiones: populus ipse statueret, qua ratione in eum animaduerteretur, qui sua temeritate ius publicum, ciuitatísq; legem læserat. Ideóque certas leges ferre oportuit, vt maiori cura & religione ea tractarẽtur & exercerentur iudicia, nec quid fieret quod non publica disciplina permitteret. Sed dubitant plerique, quid apud Iustinianũ dictio (plerũque) excipiat. Alij eam adiectam esse opinãtur tum propter partus suppositi actionem, quę parentibus tantùm conceditur, tum propter adulterium, in cuius executione nonnulli iure quodam speciali præferuntur. At eorum sententia placere mihi non potest. Quamlibet enim publicum iudicium à quocũque exerceri posit: sunt tamen quædam personæ quæ aliis præferuntur. Verùm probabilior mihi eorum non videtur opinio, qui dictionem plerunque pro-

L.j. de popul. act.

L. Lex Cornelia. §.j. ad l. Corn. de Fals.

L. Quãuis. C. ad l. Iul. de adult.

L. Si plures. de accusat.

pter legis Iuliæ de annona, & legis Iuliæ de residuis iudicia adiectam esse putant, quia eorum non est criminalis, sed pecuniaria executio. Nam hæc est nostri Iustiniani mẽs, hic sensus & interpretatio, vt cuilibet ex populo hoc iudicium exercere plerunque liceat: nec ipse dubitat, an criminaliter omnia, an verò ciuiliter tractari iudicia possint. Mihi placet Theophili explicatio, qui dixisse plerunque Imperatorem ideo scribit, quia quædã personæ sunt, quibus publico aliquẽ iudicio postulare permissum non est. Eius enim sententia Vlpiani authoritate confirmatur, qui sic lib. iij. ad l. Iuliam & Papiam scribit. Senatus cẽsuit, non cõueniens esse vlli senatori, ducere vxorem aut retinere damnatam publico iudicio: quo cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua, accusandi publico iudicio nõ est potestas.

d. §. Senatus.

Diuidit autem Iustinianus publica iudicia in capitalia & non capitalia. Capitalia sunt, quæ vitam vel æstimationem alicuius ita minuunt, vt is ciuis esse desinat: veluti si summo supplicio afficiatur, si in metallum damnetur, si in insulam deportetur, si aquæ & ignis interdictione puniatur. Nam cætera (vt scribit Paulus) non exilia, sed relegationes propriè dicuntur. tunc enim & ciuitas retinetur. Non capitalia

L. Rei capitalis. & l. Capitalium. de pœnis.

L. ij. de public. indic.

talia ſunt iudicia, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio pœna eſt, veluti relegatio ad tẽpus, vel in perpetuum, vel in inſulã: vel cùm in opus quis publicum datur ad tempus, vel cùm fuſtium ictui ſubiicitur. Supereſt vt dicamus de ciuilibus iudiciis. Eorum autẽ alia ſunt, quæ priuatum agentis commodum reſpiciũt, vt furti actio, cõdictio furtiua, & aliæ huius generis actiones. Alia ſunt iudicia, quæ popularia vocantur, quia cuiuis è populo dantur: quorum nonnulla priuatam potius iniuriam continent, vt ſepulchri violati actio, quæ in primis datur ei, ad quem res pertinet: quo ceſſante, cuique eius conceſſa eſt perſequutio. Quædam verò ad commodum publicum maximè pertinent, vt actio quæ aduerſus album prætoris corrumpentem datur.

L. Sepulchri violati. de ſepul. viol.
L. Si quis id quod. de iuriſd.

Finis libri tertij.

Errores in excudendo commissos sic corrige.

Fol.8.pag.2. lin.8. add illud.post ideóque. fol.9.pag.1.lin.24. leg.siue. fol.13.pag.1.lin.7.leg. Codex. *fol.15.pag.1.lin.15.del. de. fol.36.pag.2. lin.17.add. dicit. post ignorans. fol.40.pag.2. lin.1.leg.possent. fol.42.pag. 2.lin.1. add.de commodati actione. post Vlpianus. fol 43.pag.2.in marg.leg.mandat. fol.44.pag.2. lin.19.leg probatio. fol.45.pag.2.lin.10.leg.& del.id est. fol.50. pag.2.lin.7.leg.eam. fol.51.pag. 2.lin.1. leg. instituerat. fol.53. pag.1.lin.vlt. add.scribit. post militias. fol.53.pag.2.lin.21. leg. verisimile. fol.54. pag.2. in marg. leg.nonn. xcvij. fol.55.pag. 2.l.3.leg.ipsis. fol.eo.pa.ea.l.21.le.praebuit. fol.58.pag.1.lin.17.le. quidam. fol.64.pag.1.lin.10.leg.appendix. fol.77. pag.2.lin. 15.leg.50. fol.78.pag.1.lin.2.lege hic. fol.78.pag. 2.lin. 7.leg. competat. fol.eo.pag.ea.lin.11.del. & atque leg.sed. fol.84.pag. 2.lin.11.leg. condictione. fol.85.pag.1.lin.2.leg.effinxerunt. fol. eo.pag.ea.lin.20.leg conditione. fol.eo.pag.2.lin.1.leg.acceptetur. fol.86.pag.1.lin.15.leg.extant. fol.eo.pag.2.lin.vlt.leg.hac. fol. 87.pag.1.in princ.leg.apparet. fol eo.pag. ea.lin.20. add.non post eis. fol.91.pag.2.lin.4.add. non post suum. fol.96.pag.2. lin.11. lege. nec enim. fol.99.pag. 2.in marg.nota.2. leg. interpretatio. fol.100.pag.2.lin.9.leg.hic. fol.eo.pag.ea.lin.24. leg. dissensum. fol.105.pag 2.lin.13. testantur iustáque. fol.106.pag.2.lin.18.le. adhiberi. fol.110.pag. 2.lin.penul.leg. testatorum. fol 114. pag. 1.lin.17. leg. eum. fol.eo pag.2. lin.24. leg.ipsi. fol.117. pag. 2. lin.9.le.sit. fol.119.pag.2.lin.9.leg.existiment. fol.128.pag.1.lin. 25.leg.praeerat. fol.129.pa.1.lin.vl.leg.institutionum. fol.132.pag. 1.lin.13.le.praeerat.fol.135.pa.2.lin.4.leg.cuiusque. fol.143.pag.2. lin.10.add.& post proprium. fol.150.pag.1.lin.6.nequeant.*

LVDOVICI CHARONDAE IVRISCONSVLTI PARISIENSIS, ET IN ſupremo Francorum ſenatu aduocati, ad Tit. de verborum obligat. lib. xlv. Digeſtorum, ſcholia.

Eiuſdem de iuriſdictione & imperio libellus.



PARISIIS,
Apud Ioannem Foucherium ſub Scuto Florentiæ via ad D. Iacobum.
1553.
Cum priuilegio.



LVDOVICI CHARONDAE Iureconsulti Parisiensis

Ad Titulum de Verborum obligationibus Scholia.



Eferre nihil existimo, an de verborum obligationibus, an verò de stipulationibus, hunc titulum à Triboniano cæterísq; prudentibus viris, quibus Pãdectarum compositionẽ mãdauerat imperator, inscriptum esse dixerimus. Sic enim in Iustiniani ad Senatus & omnes populos epistola vel constitutione legimus: Septimus autem & nouissimus articulus Digestorum sex libris formatus est: in quo de stipulationibus, & de fideiussoribus & mãdatoribus, nec non nouationibus & solutionibus & acceptilationbius, & de prætoriis stipulationibus: omnéque ius inuenitur gemino volumine inscriptum esse, quod in libris anti-

quis, nec numerari possibile fuit. Sed & T. Caium de verborum obligationibus libros tres, Venuleium verò Saturninum stipulationum libros decem & nouem scripsisse Angelus Politianus in epistola ad Iacobum Modestum refert. Obtinuit autem vt de verborum obligationibus scriberetur. Nã stipulatio verborum obligationem parit,[a] atque ex contracto negotio pendet.[b] Verùm magis hunc titulum de verborũ obligationibus, quàm obligatione, scribere placuit. Ea enim inscriptio plenior est: vt eos etiam tres libros in quibus de vita & moribus disputat Cicero, nõ de officio, sed officiis inscripsit.[c] Sed (vt de stipulationis origine dicã) sciendũ est eam obligationũ firmãdarum gratia inductã (vt Paulus lib. v. sentẽ. recept. titu. viij. scribit) atque iure Romano inuentã, & solenni quodam ritu ex Romanæ ciuitatis moribus concipi solitam fuisse. Nam & Paulus disertè naturalem obligationem à stipulatione distinguit.[d] Et quod Vlpianus de acceptilatione lib. xlviij. ad Sabinũ scribit, Quia hoc iure vtimur, vt iurisgentiũ sit acceptilatio: significat proditã iure ciuili acceptilationẽ, vsu quodã apud omnes peræque gentes obseruari.[e] Dicitur autem stipulatio ex eo, quòd stipulum apud veteres firmum

a Cap. j. de stip. seruo.
b. Ca. v. infra. eo.
c Lib. 16. ad Att. epist. 6.
d. Cap. cxxvj. §. Superest. infra. eo.
e Cap. viij. de accept.

mum

mũ appellabatur, fortè à ſtipite deſcendẽs:[f] Sic enim ſcribit Tribonianus, nec aliter Græcus interpres vertit: vt audiendi non ſint illi, qui eam lectionem immutare audent. Præterea ſtipulationem contractum eſſe nominatum, ex obligationis diuiſione, quã & Caius I.C.[g] & Iuſtinianus[h] ſeu quis alius, qui Iuris ciuilis inſtitutiones compoſuit ac edidit, trãdiderunt, aliíſque pluribus Iuris locis conſtat. Cæterùm Paulus & Venuleius ſtipulationem ex vtriúſque conſenſu valere & perfici dixerunt:[i] vt in ea contrahenda requiratur conſenſus:[lz] & præter ipſum verba, ſine quibus fieri non poteſt. Et in aliis quidem contractibus qui ſolo conſenſu perficiuntur, non tam ex verbis cognoſcitur quòd inter contrahentes συνάλλαγμα interuenerit, quàm ex ipſorum mente & aſſenſione, in qua tota eſt earum conuentionum ſubſtantia. At in ſtipulatione ſola verba ſtipulantium voluntatem & conſenſum oſtendunt: vt ſine iis nuda magis pactio quàm ſtipulatio videatur. Denique ſtipulationes omnibus omnino pactis & contractibus adhiberi poſſunt. Atque nunc principem in conuentione locum obtinent, & conuentio in earum nomen tranſit: nunc ſunt tanquam appendices & acceſsiones alicuius conuentio-

f. Inſtit. titu. de ver. obli.

g. Cap. j. de obliga. & action.

h. Inſti. titu. de obligat.

i. Cap. lxxxiij. §. ſi ſtichũ. & cxxxvij. §. ſi homi. infrà eo.

lz. Cap. j. de pact.

nis, eíq; tantùm firmandæ adiiciuntur. Ideóque Paulus libr. Quæstionum, pactum & stipulationem interuenisse, & actionem ex pacto & stipulatione competere dixit, id est ex pacto subiecta stipulatione confirmato, vel ex ipsa stipulatione quæ pacto vim & robur adiecit. Imperatores quoque Diocler. & Maximi. rescripserunt, si pacto permutationis stipulatio subiecta sit, ex verborum obligatione quæri partibus actionem.[m] Eorum autem contractuum quibus iungitur, stipulatio naturam sequitur: adeò vt quanuis stricto iure vallata sit, & non ex bona fide descendat: si tamen bonæ fidei contractui subiiciatur, quæcunque bona fides exposcit, in ea desiderentur.[n] Cætera in explicanda definitione dicemus.

l. Cap. xlv. solut. matr.

m. Ca. iij. C. de rer. permut.

n. Cap. xiij. Comm. præ. tam' vrba. quã rusti.

Ad cap. primum.

SVam omnem vim a verbis accipit stipulatio: quæ cum ex interrogatione & responsione constet, confici non potest, nisi & is qui interrogat, & is qui respondet, loquatur. Ideoque infans stipulari nequit: propterea quòd ne loqui quiẽd posit. Infantiæ autem proximus, qui affari quodammodo valet, quanuis non intelligat quid agat, benigniore tamen inter-

interpretatione propter vtilitatem vt rectè ſtipuletur receptum eſt.[a]

a. Cap. vj. Rem pupil. ſal. fore. Theophi. in §. Pupillus. titu. inſti. de inut. ſtipu.

Ad verſ. Abſens.

Abſentem accipere debemus eum, qui non eſt in eo loco in quo contrahitur.[b] Illum autem ſtipulari non poſſe ſcribit I. C. adeò vt ſi præſens interrogarit, ei verò abſenti reſponſum ſit, inutilem eſſe ſtipulationem dicat.[c] Quòd ſi ſeruus vel procurator, eius nomine ac iuſſu pecuniam aliúdve dederit, ipſiq́ue ſtipulanti is cui datur, congruè reſpōderit: tum hic literas ad dominum mittat, quibus ſeſe daturũ facturúmve reſpondeat quicquid inter ſe & ſeruũ procuratorémve conuenit: ea quidẽ valet ſtipulatio, petíque ex ea poſſe reſpondit Paulus.[d]

b. Cap. ccxix. de verb. ſignifi.

c. In §. proximo qui ſic intelligi debet.

d. Cap. lviij. de don. inter vir. & vxo.

Ad verſic. Interuallum.

Interuallum quod inter interrogationem & reſponſionem interuenit, adeò breue & modicum, vt ſtipulatori ad alienos actus diuertere non licuerit, ſtipulationem non vitiat.[e]

e. Cap. 137. infrà eo. cap. vj. de duob. re.

Ad verſic. Contrà ſi ſine.

Qui annuit, licet conſentire videatur,[f] non tamen ſe obligat: cum ipſe an dare facere velit, non exprimat: ideoque nec naturaliter qui-

f. Cap. xxj de legat. 3.

g.Cap. lxxxiiij. de diuer. regu. iu. antiq.

dem tenetur:[g] multo minus iure ciuili. Nam in hoc negotio, quod tantam requirit solennitatem, is qui interrogatus intelligénsq; eum concipiendæ stipulationis ritum, nullum verbum profert, facilè creditur consentire noluisse.

Ad versic. Cum adiicitur.

Ex superioribus regulam colligit Vlpian. quam subiectis aliis exemplis velut exceptionibus interpretatur. In sequentibus enim responsionis diuersitas, adiectióve aut detractio quæ fit rei deductæ in obligationem, omnino stipulationem non vitiat, licet in eo inutilem reddat, in quo mutuò consensum non est.

Ad versic. si stipulanti.

h.§.Præterea. de inutilib. stipulat. inst.

Quod scribit Iustinia. inutilem esse huius generis obligationem, eámque cum aliis purè vel sub conditione contrà quàm interrogatum erat conceptis comparat,[h] ex hoc loco interpretationem recipit. Est enim hæc quidem inutilis obligatio: verùm quia in certa summa consenserunt contrahentes, in hoc ipso valet, nec omnino vitiatur, cùm minor summa maiore contineatur.

Ad vers. Omnis sermo.

Stipulatio non aliter conficitur quàm si verbis

verbis contrahentium voluntas declaretur: idcóque ſermone non notis opus eſt.

Ad cap. 2.

OMnis omnino obligatio ad dandum vel faciendum adſtringit: atque his quidem verbis non dare & non facere, cæteráque quæ obiter illis opponuntur,[a] comprehendimus. *a. Cap. xiij. de contrah. & comm. ſtipu. C.*

Ad verb. partium præſtationem.

In hac ſtipulationum diſtinctione, præſtationem dationémve rei in obligationem deductæ intelligit I. C. nam ex re ſtipulatione comprehenſa cognoſcitur an ea diuidua ſit, an vero indiuidua.[b] Partes autem eas dicimus quæ intellectu non corpore continentur. *b. Cap. 72. infrà. eo.* Nam ſic illæ propriè a iuris authoribus appellantur.

Ad verb. Veluti decem.

Dandi ſtipulatio diuidua eſt, ſiue ea quantitatem, ſiue ſpeciem certam contineat: adeò *Cap. ix. de ſolut. c. §. Itē per acceptil. Quib. mod. toll. oblig. Inſti. d. cap. ix. de ſolu.* vt inuito creditori pars ſolui poſsit.[c]

Ad verb. natura.

Cuique rei ſua vis & conditio inſita atque innata eſt, quam ius non contemnit. Et certè

quædam res ſunt quarum natura omnem omnino refugit diuiſionem, vt ſeruitutes. Earum enim vſus (in quo tota ipſarum natura conſiſtit) ita connexus eſt, vt diuidi nullo modo poſsit.[d] Semper verò vſumfructũ excipimus, cum frui pro parte liceat.[e] Videtur quoque excipienda habitatio propter nouam Iuſtiniani conſtitutionem.[f]

d. cap. xvij. de ſeruitu.
e. Cap. xix. de vſu & habit.
f. Cap. xiij. C. de vſuf. vſu & habit.

Ad verſ. Nam & ſi Stichi pars.

Hominis ſtipulatio, orationis compendio ſingulos homines continet,[g] non diſtinctas certi hominis partes. Nam licet homo natura ſua partium diuiſionem recipiat, earum quidem quæ intellectu conſtant: ſi tamen eius ſolutio pro parte fieret, vt in diuerſis hominibus ſtipulatori ſolueretur, contrà quàm promiſſum eſt contingeret.[h]

g. cap. lxvj. de legat. ij.
h. Cap. 85. infrà eo.

Ad verſ. Sed aut ſtatim.

Si ei qui hominem in genere ſtipulatus eſt, pars Stichi data ſit, nihilominus homo deberi non deſinit, nec eſt pars obligationis perempta: ideóque hominem adhuc petere licet: qui ſi ſoluatur, pars prius data tanquam indebita condici poterit: ſin minus, in pendẽti eſt obligatio. Atque ita hunc locum interpretari videtur Vlpianus.[i]

i. Cap. ix. de ſolut.

Ad

Ad versic. Eiusdem conditionis.

In hac quæstione nihil interest inter generis & alternatiuam obligationem. Qui enim hominẽ in genere promisit, similis est ei qui Stichum aut decẽ debet.[K] Itaque si soluerit quinque, non perimit partem dimidiam obligationis, sed in pendenti est an liberetur, petíque ab eo possunt reliqua quinq;, aut Stichus.[l] Quod etiam in generis stipulatione dicẽdum est. Fateor autem non semper æquiparari, vt etiam Paulus lib. iij. ad edictum scribit.[m] His verò quæ diximus, obesse videtur illud quod Iulianus scribit, qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis perimi, & petere quinque aut partem hominis posse.[n] Verùm captanda non sunt iurisconsulti verba. quòd enim hominem dicit, ex orationis contextu eum de certo homine loqui constat: atque ita ipse lib. x. Digesto. loquitur Iulianus, obiiciens hominem in genere promissum homini, aut decem.[o] Sed nec alternatiuam illam esse obligationem arbitror, cùm verba ipsa iurisconsulti significare aliud videantur. Itaque eum loqui de obligatione certæ speciei & quantitatis (quas diuiduas esse constat) existimo.

K Cap. xxxij. de condict. indeb.

l cap. xxvj. §. Si decẽ. de condic. indebit.

m Cap. xxvij. de pact.

n cap. xvij. de accept.

o d. cap. xxxij. §. fi.

Ad verſic. Ex his igitur.

Hæc verba ad ſuperiora omnia, ex quibus partis præſtatio, ſiue propter rei naturam, ſiue propter damnum minimè recipitur, referenda eſſe oſtendit ipſe contextus, qui primùm ſeruitutis, tum generis obligationem tractat.

Ad verſic. Non enim.

Non poſſunt hæredes naturam obligationis eius cui ſucceſſerunt immutare: ideóque licet ex iis quidam partem ſuam ſoluerint, ipſis tamen non prius eius partis ſolutio prodeſt, quàm cohæredes reliquam perſoluerint. Vis enim eadem eſt & natura obligationis à defuncto cõtractæ inter ipſius hæredes, atque principali obligatione continebatur, remanétque ipſa obligatio diuidua vel indiuidua: vt dandi obligationem à qua pro parte liberari poteſt promiſſor, inter hæredes diuiſit lex 12. Tabularum.[p] Seruitutem verò, vt à debitore, ita ab eius hæredibus ſolidam conſtitui oportet.

[p] *cap. vj.* C. *Famil. erciſc.* C. *j. Si cert. pet.*

Ad verſic. Sed quo caſu.

Hæc verba intelligenda ſunt ex natura rei in ſtipulatum deductæ. Conſtat autem conſtitui ſine prædio non poſſe ſeruitutem: ideóque veriſsimile eſt, hunc ipſum hæredem præſtitiſſe in eo fundo ſeruitutẽ qui ſibi obtigerat, vel

ex

ex diuisione mutuo consensu extra iudicium facta, vel vt eo interim vteretur, donec res quę confusæ essent, in partes certas distinctásq; distribuerentur. Itaque quod præstitit, à cohæredibus familiæ erciscundæ iudicio repetet.

Ad vers. Ex quo quidem.

Hîc neque de constitutione seruitutis, neq; de loci designatione, sed de ipsa seruitutis præstatione agitur: quã stipulatori defuncto promissam petunt singuli hæredes in solidum. Et victoria quidem vnius aliis prodest: vt scripsisse Pomponium refert Vlpianus.[q] à quo nonnulli dissentiebant, propter præstationis difficultatem. Nec enim per singulos acquiri potest seruitus. Verùm hæc ratio non facit inutilem in persona hæredum stipulationem: quòd ipsius conditio ex ea non immutetur.

q *Cap.iiij. Si seruit. vindice.*

Ad vers. Si tamen hominem.

Stipulator qui contra vnum ex promissoris hæredibus pro sua parte, eam solam partem in iudicium deduxisse videtur. Atque ita obligationem solutione alioqui indiuiduam diuisisse. Idem dicendum est si acceptò tulerit. Nam acceptilatio legitimus est actus,[r] omninóque debitorẽ liberat: quanuis ex simplici solutione quæ fit stipulatori ab vno ex hæredibus, ne

r *Ca.lxxvij de diuers. reg. iur. antiq.*

partis quidem solutio contingat: ne id quod stipulatus est, minus consequatur.[f]

f ca. lxxxv. §. pro parte. inf. hoc titu.

Ad vers. Neque per hæredem.

Ex hac hæredis adiectione non consequitur ad hæredes huiusmodi non transire factũ, nisi eorum specialis facta sit mentio. Verius enim est omne omnino factum, etiam in quo electa est personæ industria, ad hęredes & contra hęredes transmitti, siue specialis eorum fiat mentio, siue non, ipsumque ab hæredibus præstari debere, si fieri possit, vt adimpleât quod defuncto impositum erat. Omnium enim hominũ penè similis est natura, & facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possunt. Atque ita Imperator Iustinianus veteres iuris altercationes decidens rescripsit.[t]

t cap. xiij. C. de contr. & commit. stipul.

Ad verb. Tenentur quidem.

Hunc locũ ipse Paulus alibi interpretatur. Secunda (inquit) ad opus, quod testator fieri iusit. Nam singuli hæredes in solidum tenentur: quia operis effectus in partes scindi non „ potest. Quòd si stipulatus fuero per te hære„ démve tuum non fieri quo minus eam agam: „ & si aduersus ea factum sit, tantùm dari: & „ vnus ex pluribus hæredibus promissoris me „ prohibeat: verior est sententia existimantium

vnius

" vnius facto omnes teneri: quoniam licet ab
" vno prohibeor, non tamen in partem prohi-
" beor: sed cæteris familiæ erciscundæ iudicio
" sarciet damnum.[u] Et hæc quidem verba osten-dere videntur factorum duo esse genera: alia quæ in facti consummatione & effectu consistunt, vt opus facere. Ea cùm formam prius non habeant, quàm si perfecta & absoluta sint, non magis diuidua sunt quàm seruitutes: præstantúrque à singulis hæredibus in solidum. Cætera verò facta quæ nullum effectum respiciunt, ab omnibus hæredibus pro portione hæreditaria præstantur, vt ire agere. Quanuis enim in solidum committatur stipulatio; cuique tamen hæredum sua portio iniungitur. Cùm autem huius generis factorum obligationi pœna subiecta sit, eáque pecuniam cōtineat, quæ diuisionem non reiicit: hîc verò eius nulla facta sit mentio, sed de sola & simplici obligationis natura & conditione agatur: verius est, vt sequamur quod ab Vlpiano scriptum est: atque generaliter & in opere & in seruitute cæterísque factis quæ diuisionem non recipiunt, statuamus vnumquenque hæredem ex huiusmodi obligationibus purè conceptis in solidum teneri.[x]

u d. cap. lxxxv.

x cap. xj. §. Si in opere. de leg. iij.

Ad versic. Sed qui.

Pœna quidem efficit, vt etiam non prohibitis hæredibus quorum nihil interest, actio competat: quia verum est contra totam stipulationē factum esse. At doli exceptione repellentur, quasi non vera, sed callida & malitiosa stipulationis interpretatione vtantur. Nam propter prohibitionem debetur pœna, ipsi verò prohibiti non fuerunt.

Ad cap. 3.

HAec stipulatio habere licere, solum atque simplex factum aliquando continet, aliquando verò ius ipsum. Et tum quidem diuidua, alio verò casu indiuidua est, vt disputat Vlpianus lib. xlix. ad Sabinum.[a]

[a] *Cap. xxxviij. inf. eod.*

Ad cap. 4.

Ad vers. Eadem dicemus.

HAec verba siue Sabino, siue Paulo, qui ad illum notas scripsit, tribueris, referre nihil existimo. Verius enim videtur hoc caput ex eodem libro, scilicet 12. ad Sabinum, desumptum esse, atque illud quod huius tituli secundum fecit Tribonianus.

Ad §. Cato.

Cato, M. illius Catonis Porciæ familiæ princi-

principis filius, imperator designatus, patre viuo diem suum obiit, permultis tamen de iure ciuili libris (vti à Pomponio & Gellio referturb[b]) relictis. Ille præclaram hanc factorum distinctioné tradidit: quã vt intelligamus, sciendum est duo esse factorum genera: quædam diuidua, quędam verò indiuidua. Diuidua sunt, quæ partiũ præstationes admittunt, vt vti frui, amplius non agi, & cætera quæ iuris diuidui effectum continent, aut aliquid ex iure admixtum trahunt. Indiuidua autem, quæ natura diuisionem refugiunt, ideóq; nisi in solidum præstari non possunt, veluti per te non fieri, neque per hęredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat. quod verborũ compẽdio iter fieri Catoné dixisse ex eius oratione cõstat. In hac autem distinctione non inspicimus id quod subest facto, sed ipsius facti quod promissum est naturam. Illud enim est quod in stipulationem venit. Sed factorum obligationibus adiectam pecuniæ certæ pœnam fuisse scribit I.C. Et licet ea diuidua censeatur, suam tamen naturam ipsis factis ita accommodat, vt non minus diuiduæ quàm indiuiduæ eorum stipulationes videantur.

b Lib. xiij. cap. xviij.

Ad vers. Sed videamus.

Quærit I.C. siue Sabinus, siue Paulus, an in stipulatione dolum abesse, & aliis, de quibus ipse disputauerat, [c] idem dicendum sit, id est, an locum habeat Catonis distinctio: vel magis quòd in stipulatione rem ratam haberi, in qua debitoris alia est ratio, & hæredum alia. Nam ille in solidum rem ratam habere debet, pro parte verò nequit: cùm tamen hæredes possint. Et ille quidem disertè non definit: sed tamen ita Catonis distinctionem retulerat, vt eam se probare satis ostenderet. Ideóque quod subiicit, non dubitantem eum contrariam sequi opinionem indicat, sed ipse aliorum iurisconsultorum more qui ita sæpius se dubitare fingunt, tanquam diffidens Marcelli sententiam obiter notat. Et hæc mea interpretatio est, licet alij aliter explicent: sed quàm rectè, alio loco dicã. Et certè qui hæc verba, Et Paulus respondi non idem esse, huic versiculo adiecerunt: se non existimasse Paulum idem in aliis stipulationibus, atq; in illa rem ratam haberi, dicere voluisse significãt. Ego verò quosdam manuscriptos codices cõsului, in quibus ita legitur: Et respondi non idem esse. In margine verò scribitur, Paulus: quasi ea sit Pauli ad Sabinum de Catonis distinctione dubitantem nota. Sed vtcunque legatur, nostra interpretatione

[c] Cap. ij. supr. eo.

pretatione nulla probabilior est, & quæ ad I. C. mentem propius accedat.

Ad ver. Quanuis ipse dominus.

Huius loci atq; cap.iij.sub titu. rem rat.hab. apertissima est ex eo diuersitas, quòd ex verbis Pauli constet, in stipulatione ratum haberi, pœnam fuisse adiectam: in illo autem capite de pœna nullum est verbum. Sed etiamsi fateamur pœnam hîc non fuisse adiectam (quod tamen defendi non potest) nihilominus in isto capite non est stipulatio pro parte tantùm commissa: cùm ad quinquaginta teneantur fideiussores, quæ tota est summa de cuius ratihabitione agebatur.

Ad.§.*Si is qui duplam.*

Quatuor enumerat stipulationes I.C. quas huius naturæ & conditionis esse scribit, vt ipsę quidem indiuiduæ sint: cùm defensio, cautio, & restitutio, quibus tota earum vis explicatur, indiuiduæ sint:[d] ideóq; in solidũ agi oportet, atque promissoris hæredes in solidum denuntiandi sunt. Verùm partis solutio adfert liberationem.[e] Id enim connexũ atque coniunctum est huiusmodi obligationum naturæ, vt vel pœna, vel id quod interest, insit.[f] Ideóque

d Cap. cxxxix. inf. eo. & cap. xvij. iudic. sol. cap. xxiij. de dã. infect. ca. ij. de præto. stipul.

e Cap. lxxxv. inf. eod.

f Cap. xvj. de euict. cap. xiij. de re iud. cap. ij. in ver. hic enĩ facere. de præto. stip. cap. v. §. fi. de dam. infect. cap. xxj. §. Sine autem. de no. oper. nunc.

ſtipulatoris hæredes ſinguli pro portione ſua habẽt actionem:quod certè vtilitatis cauſa receptum eſt contra aliorum factorum naturam quæ indiuidua appellantur.

Ad verſ. Reſtitui.

Is ipſe Paulus ſpeciale aliquid rei reſtitutioni tribuere videtur, cùm eam à cæteris diſtinguat.[g] Et certè reſtitutio videtur aliquid indiuiduum continere: cùm in ea opus inſit: ipſum autem & natura & intellectu omnino indiuiduum ſit,vt diximus.Nam ex conſummatione formam accipit:ideóque totum reſtitui debet.In cæteris verò factis ratione hæredum portiones hæreditarias ſpectari oſtendimus.[h]

g d.ca.ij. de præ.ſtipula.

h Supr.§.

Ad verſ. Ipſi autem.

Ex his verbis ſentio ea quæ dicta ſunt, ad hæredes promiſſoris,quibus cum, ſtipulatoris hęredibus agere pro portione hęreditaria permiſſum eſt,referenda eſſe:ídq; orationis diſpoſitio indicat. Eſt enim totum hoc caput ex libro eodem Pauli collectum. Cùm autem is in ſuperioribus hæredum mentionem fecerit, veriſimile eſt eadem dicendi forma ipſum hęc poſteriora tractaſſe. Sunt autem hæc verba ad duplę ſtipulationem, & operis noui nunciationem

tionem referenda, in quibus defensio vel restitutio spectatur.

Ad cap. 5.

HVius præclaræ stipulationum differentiæ explicatio ex eo pendet, quod de prætoris & iudicis officio aliquando diximus. Constat enim prætoris officium à iudicis officio distingui, & quasdam stipulationes apud prætorem, quasdam verò apud iudicem interponi. Nam in iis quæ ante iudicium acceptum contingũt, nullæ sunt iudicis partes, sed prætoris tantùm. Lite verò contestata, iudici omnium rerum officium incumbit.[a] Hinc distinctio illa proficiscitur, quam doctè & elegãter explicat Theophilus Græcus paraphrastes.

[a] *cap. xxv. de ædil. edict.*

Ad *verb.* A *mero.*

Merum hîc significat solum, simplex, & omnino disiunctum ac separatum, ita vt prætoris officium cum iudicis officio commune nihil habeat.

Ad *verb. Prætoris officio.*

Quod hîc dicit officio, & Iustinia. in institionibus, titu. de diuisione stipulationum, Theophilus interpretatur iurisdictione: vt vtrunque eadem significatione accipi debeat, in prætore quidem aut ædile, non autem in iu-

dice dato, cui iuriſdictionis appellatio non conuenit.

Ad verſ. Nam & à iuriſdictione.

Delendum in inſtitutionibus atque in Paraphraſi Theoph. Prætoris. Suam enim habebant ædiles iuriſdictionem, ex qua huius generis ſtipulationes venerunt.

Ad ver. Et ipſæ ob verborum obligationem fiunt.

Sic legitur in emendatis codicibus. Et certè ex ipſa ſtipulatione verborum obligatio naſcitur.[b] Idq; ſi appareat id actum eſſe inter contrahentes, vt fiat obligatio. quod colligitur ex cap. vij. §. Quod ferè. de pact.

[b] cap. j. §. Item quod tuo ſeruo. de ſtipu ſeruo.

Ad verb. Item duplæ ſtipulatio.

Eadem ratione duplæ ſtipulatio communis dicitur, qua rem ſaluã fore pupillo, & rem ratam haberi. Huiuſmodi enim ſtipulationes & apud prætorem & iudicem interponuntur: neque ex mero vnius magis quàm alterius officio proficiſcuntur. Nec video quid interſit an mancipiũ vẽdatur, an res pretioſa. Et Vlpianus quidem ædiles non tantùm de ſeruo cauere

cauere iussisse scribit, verùm eos etiam de ipso vt de aliis rebus edixisse:[c] vt satis non intelligã quid sit quod iudicialem duplæ stipulationem factam esse existiment propter eius assiduitatem: cum ideo iudicialis dici non posśit stipulatio.

c. Cap. 37. de euict.

Ad vers. Stipulatio.

His verbis significat Pomponius non pro interrogatione, sed pro tota complexione accipi stipulationem: cum alioqui stipulari interrogare sit.[d] Hinc verò non sequitur simplicem & inanem verborum formulam promissorem obligare. Semper enim certum est (vt scribit Vlpianus)[e] cùm nulla subest causa præter conuentionem, constitui non posse obligationem, vnde hic ipse I. C. scribit, ei qui sine causa stipulatus est, ex ea stipulatione experienti, doli mali exceptionem nocere.[f]

d. Cap. j. de duob. re. stipu.

e. Cap. vij. §. Sed cum nulla. de pact.

f. cap. ij. ij. Circa. de dol. & met. except.

Ad §. Satis acceptio.

Satisacceptio eadem non est cum fideiussoria obligatione: ídque tantum cum ea habet commune, quod verbis vtraque concipiatur. Non enim satisdationem respicit satisacceptio, verùm satisfactionem: cum illa ad fideiussoriam causam pertineat.[g]

g. Tot. tit. Qui satisd cogan.

Ad §. *Item si sortem.*

Videtur Pomponius à Catonis sententia dissentire. Verùm vt I.C. responsa conciliarem, aliquando existimaui vnius facto committi pœnam, totámque ab eo ipso qui contrà quàm cautum est, fecit, præstari debere, etiam si alij partes sortis quas debebant soluerint: non tamen cæteros vnius facto teneri, nisi & per eos quoque steterit, factúmve fuerit. Videntur autem iis quæ dixi obstare hæc huius capitis verba, sed a cohęrede ei satisfieri debet. Ex iis enim constat eum etiam qui nihil contrà quàm compromissum est fecit, ad pœnam non minus teneri quàm suum cohæredẽ qui solus commisit. Sed notandum est hîc quidem dici pœnam committi, donec portio cohæredis soluatur: non autem alterum facto alterius teneri. Verùm si vnus hæredum qui alioqui non tenetur, partem pœnæ soluerit, pro eáque suum cohæredem liberauerit, æquum est vt ab eo ipsi satisfieri debeat, idque negotiorum gestorum actione. Quamobrem reiicienda sunt hominum ingeniosorum commenta qui Catonis distinctionem a Paulo tantum referri, non autem approbari existimant, ideoque eam pro lege habendam

esse

esse negant. Nam illis in mentem venire debebat factorum distinctionem ita narrari à Paulo, vt ea tacite approbata ad priorem reuertatur quæstionem. Is igitur ipse veteris I.C. ideo meminit, atque verba refert, vt authoritate suã opinionem confirmaret.

Ad cap. vi.

In verb. Cui bonis interdictum.

NOn quidem ipso iure prodigo bonis interdicitur, verùm iudicis sententia opus est, qui causa cognita interdicat ex legis authoritate. [a] Atque Paulus lib. iij. Sentent. titu. v. refert solennem verborum formulam qua Prætor prodigo bonis interdicere solebat.

a. Cap. x. de curat. furio.

Ad *ver. Ideo nec fideiussor.*

Neque igitur prodigus, neque furiosus natura obligatur, cum naturali obligationi fideiussor accedens etiam ciuiliter obligetur. [b] Verùm licet inutiliter, id est sine effectu exactionis adhibeatur fideiussor: tamẽ ex sua promißione ipse natura obligatur, ídque propter naturalem rationem, quæ iubet ea seruari quę promissa sunt. [b] Naturalis autem causa repetitionem inhibet. [c] Itaque si fideiussor soluerit quod promissum erat a prodigo furiosóve, nõ

b. Cap. 35. de recep. ar. Theoph. in insti. titu. de fideiuss.

b. Cap. j. de pac. cap. j. de constit. pecu.

c. cap. iij. in fin. Quod quis. iur.

repetet: eíque cùm nec mandati nec negotiorum gestorum actio competat, subueniendum negat Marcellus.[c] Quem ita sensisse arbitror non autem vbi actio ex re ipsa venit. Tum enim fideiussori subueniretur, cùm illi ex negotio gesto obligētur. Non est igitur verisimile quod scribit Marcellus, historicā esse rationem, cũ eius verba ex mandato Iustiniani in Pandectas retulerit Tribonianus.

c. cap.xxv. de fideiuss.

Ad cap. vii.

IMpossibilem conditionem esse Iustinianus scribit, cui natura impedimento est quo minus existat.[a] Et certe non omnis conditio quę impleri nequit, impossibilis à Iuris authoribus dicitur, licet inutilem reddat stipulationem.[b] Cæterum impossibilis conditio testamentum non vitiat, sed pro non scripta habetur. Nec enim hæredi scripto vel legatario huiusmodi cōditio imputari debet, cum neuter eorum de ea disposuerit.[c]

a.§.Si impossibilis.in stit. de inut. stip.
b.Cap j.§. Si id quod. de oblig.& action.
c. Cap.j. de cōdit.inst. et §. impossibi.de hered. instit.

Ad cap. viii., & x.

INter hæc duo capita nihil diuersitatis esse sentio. Quid enim interest an factum alienũ in obligationem deducatur, an verò ex voluntate promissoris pendeat conditio? dicendũ est igitur ex illa stipulatione, Si calendis Stichum non

non dederis, decem dare ſpondes? vel ſi Lucius Titius ante calendas Maias in Italiam non venerit, decem dare ſpōdes? peti prius quàm dies venerit, nō poſſe. Ideoque vt agatur, ſatis non eſſe ſi conſtet hominem dari, vel ante diem Titium in Italiā venire non poſſe, ſed expectandum omnino diem, vt certum ſit datum non fuiſſe hominem, vel Titium non veniſſe eo die de quo contrahentibus inter ſe conuenerat.

Ad cap. ix.

HVius reſpōſi hæc videtur eſſe ratio, vt Titius & Seius qui eandem rē ſeparatim ab eodem ſtipulati ſunt, nihil intereſſe exiſtimauerint vtri eorum daretur fundus, ac ſi eſſent duo rei ſtipulandi. Cum igitur duæ ſint ſtipulationes ſub cōditione in promiſſoris arbitrio poſita conceptæ: vtri ſtipulatorum det, eligere poteſt. Verùm accepto iudicio, atque lite ab vno ex ſtipulatoribus conteſtata, finis eſt dandi alteri: id eſt promiſſor ad fundum alteri dādum amplius non obſtringitur: & ideo eius erit actio, qui prior promiſſorem in ius vocauerit. Atq; vt in reis ſtipulandi, vnius factum impediet quò minus alteri detur.[a]

[a] Cap. xvj. de duo. re. ſtipulan.

Ad cap. xiiii.

Qui opus facere promittit, ſe ſe operis fa-

ciendi necessitate obstringit: nec pecuniam offerendo liberatur. [a] Secus si aliud [b] sit, factum quod ex consummatione atque effectu non pendeat. Et nihil quidē interest an ex consensu, an verò ex testatoris iussu teneatur, vt hîc Pomponius scribit. Nam inter artifices longa differentia est & ingenij & naturę, & doctrinæ & institutionis. [c] Fateor autem quod si stipulatoris intersit rem factam esse, vel amplius fieri ea non posit, iusta æstimatione facti dandam esse petitionem. [d] Quod etiam de dādi obligatione dicitur. [e] Itaque si quis stipulatus sit insulam fieri, non antè ex ea causa potest agere, quàm tēpus prætererit quo insula ædificari commodè posit: licet si sua intersit insulam fieri, atq; per promissorem stet quò minus ea ædificari incipiat, agere posit ad id quod sua interest, propter damnum quod ei promissoris mora attulit. [f]

a. Cap. xj. §. Si in opere. in fin. de leg. 3.
b. Cap. xiij. de re iudic.
c. Cap. 31. de solut. & liber.
d. Cap. 72. infrà eo.
e. cap. xiiij. §. Quod si. de constit. pecun. cap. vj. de vsufr. legat.
f. d. cap. 72. in fin.

Ad verb. Nec fideiussores.

Sic fideiussores adsumpti erant, vt eos Hermogenianus & dandi & faciendi obligationibus accedere debere scribit. Non igitur factū alienum promiserant. [g]

g. cap. lxv. de fideius.

Ad cap. xvi.

Nullam in hoc responso difficultatē notaui.

Quod

Quod enim quæritur, ad quem incendij vel alterius fortuiti casus periculum pertineat, non hîc quidem à Pomponio, verùm à Iaboleno, Labeone atque Paulo commodius alibi tractatur.[a]

a Cap. lix. & fin. loca.

Ad cap. xvi.

In ver. reliquus debetur.

VEl alterius æstimatio, vt scribit Vlpianus.

a Ca. xlvij. de legat. j.

Ad vers. Stipulatio huiusmodi.

Vna est quidem stipulatio propter vnam verborum conceptionem, quæ in stipulationibus attenditur. Incerta verò, quia infinitum est huius præstationis tempus. Denique perpetua dicitur, quia morte non finitur, sed ad hæredes transit. Neque his obstat quod de serui fructuarij stipulatione scribit Pomponius. [b] Nec enim ad hāc quæstionem pertinet, cū ratio iuris non permittat aliquid a seruo fieri in detrimentum & iniuriam proprietarij.

b. Ca. xviij. §. Cum seruus. de stipulat. seruo.

Ad verb. non autem.

In legatis spectamus perceptiones quæ diuersæ sunt ac multiplices. [c] Ideóque Sabinus (cuius sentētia vera est) plura legata esse ait, & primi anni purum, sequentium conditionale.

c Ca. xxxv. §. fin. de mort. caus. donat.

Videri enim hanc inesse conditionem, si viuat: & ideo mortuo eo ad hæredem legatum non transire.[d]

d.ca.iiij. de annu. legt.

Ad cap. xvii.

Conditio quę ita ex promissoris volũtate pẽdet, vt in eius sit arbitrio an obligari velit, inutilem redit stipulationem. Pro non dicto enim est, quod dare, nisi si velis, cogi non possis.[a] Quod si ita in arbitrio promissoris posita sit conditio, vt ei tantùm vel eligere liceat, vel pœnam vitare, adeo vt nihilominus teneatur: valet (vti diximus) hec stipulatio.[b]

a Cap. vij. de oblga. & act.
b. Cap. viij. & ix. supra eo.

Ad cap. xviii.

HAec enim rei videtur esse natura, vt amplius quàm semel dari tradive non possit: nisi forte ad dantem tradentémve iterũ reuertatur. Sed nec etiam stipulatoris interest, cùm rem in stipulatum deductam semel accaeperit. Et vtraque quidem stipulatio consistit[a] nisi prior obstante aliqua exceptione quæ ad eã elidẽdam promissori competebat, nulla sit.[b]

a Cap. xxj. de fideius.
b. Ca. xxv. infra hoc ti.

Ad cap. xx.

In verb cum debitor esse desierit.

NEcesse est igitur prius quàm committi stipulatio posit, debitorem omnino liberatum esse, ideóque non satis est eum non

esse

esse soluendo: cùm is qui inopia laborat, soluendo quidem non sit:in eúmque inutiliter agatur, nõ desinat tamen esse debitor:cum etiã si quid post cesionem comparauerit, in quãtum facere potest conueniatur.[a]

a Cap.vi. de dol. cap. iiij. de cess. bonor.

Ad cap. xxi.
In verb. dari stipulatur.

A sciente & consentiẽte promissore. Aliud enim dicendum esset si ignorans atque errans promitteret.[a]

a Cap. pen. §. Mulier. solu. matri.

Ad cap. xxii.

SI in corpore cõsenserint cõtrahentes, in materia verò & qualitate errarint, valet nihilo minus stipulatio: ideóque si id quod inauratum est, pro aureo vel stipulanti promittatur, vel vendatur, minimè vitiatur contractus, quãuis inuentum sit magna ex parte æneum:[a] sed vires habet ad id petendum in quo consensum est, & præterea ad id quod interest, etiã si venditor nescierit.[b] Nam si ipse sciens fefellerit, ex doli clausula in eum agetur. Animaduertendum est autem, quod si disertè atque expressè id quod inauratum est, pro puro & solido auro vendatur promittaturve, inutilem omnino esse contractum: vt à Iuliano

a cap. xiiij. de contrah. empt.
b. Cap. xxj. §. Quãuis. de act. emp.

c Cap.ix. xiiij. in fin. & xlj. de contrah. empt.

atque Vlpiano scriptm est.[c]

Ad cap.xxiii.

a Cap. xxxiij. infra.eo.

CErtæ rei vel speciei ante moram peremptę periculum ad debitorem non pertinet:[a] cũ per eum non steterit quo minus daret. qua in re animaduertendum est quod à Paulo & Celso scribitur. in vtriusque enim responso nullũ de mora vel interpellatione verbum est: & tamen diuersè hanc quæstionem tractasse videtur. Scribit enim Paulus, si scyphos tibi dedi vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichũ esse, ac te duntaxat culpam præstare debere.[b] Ait verò Celsus, si mortuus est Stichus, me repetere posse quod ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares.[c] Itaq; videtur Paulus confirmare Pomponij sententiam, Celsus autem minus probare. Equidem respiciendum esse sentio ad titulos sub quibus responsa illa inueniuntur. Sic enim facilè eorum diuersitatem intelligemus. Licet enim actio præscriptis verbis (de qua Paulus agit) in hac specie minimè competat, ideóque agere non posim vt damneris mihi quãti interest mea Stichum accipere potero tamen id repetere quod dedi vt Stichus mihi daretur, quasi ob rem datum re non sequuta: idque Celso visum est.

b.Cap.v.de præscri.ver.

c Cap.vlt. de condict. caus.dat.

Ad

Ad verb. Quam si per te steterit.

Omnino rei detrimentum post moram præstat debitor. [d] Verùm hæc quidem regula distinctionem recipit. Si quid enim creditor re sibi restituta consequi potuisset quod propter ipsius interitũ qui post moram à debitore factam euenit, non potest: vtique æstimatio debetur. [e] Contrà verò si interitura esset ea res etsi eã actori restituisset, debitor post moram interitu naturali vel alio liberatur. [f] Quare distinctio illa iureconsultis placuisse non videtur, an constet rem perituram eodem modo fuisse, an verò incertum sit, aut omninò appareat eam non interituram. Mihi enim statuisse generaliter videntur rem debitori perire, si res creditori restituta apud eum nõ interiisset. Si verò eo casu perierit cui etiam creditor resistere non potuisset, debitorem liberari. Nec obstat quod Vlpianus de eo quod metus causa &c. scribens, etiã si sine dolo malo & culpa debitoris seruus ante sententiam mortuus fuerit, eum ipsum nihilominus teneri dixit. Id enim propeter edicti verba, Neque ea res arbitrio iudicis restituatur, fieri disertè ostendit. Sed & quod metus causa gestum est, ratum Prætor non habet: ideóque rem omni-

d. Ca. xxvi. §. Si post. Solu. matris cap. xlvij. §. vlt. de lega. j.

e Ca. xiiij. §. Sed & si Quod met. cau. ca. xv. in fin. de rei vindi. cap. xij. § si post. Ad exhiben.

f Cap. xiiij. deposit. cap. fin. § Si ea conditione. Ad le. Rho. de iactu. ca. lvj. de iur. dot. cap. xxxvj. §. Si prædo. de pet. hæredit.

g. Ca. xiiij. de eo quod met. cauſ. no reſtituendam, nec ſpectandum an mora commiſſa ſit, apparet.[g] Sed hęc aliâs pluribus.[h]

h lib. 3. Variar. quæſtion.

Ad cap. xxiiii.

In verb. niſi ſi Tutore.

VErũ pupillo ſine tutoris authoritate denuntiari (ſi tutor non appareat) ex duplæ ſtipulatione benignius receptum eſſe Trebatius ait.[a]

a cap. lvj. de euict.

Ad cap. xxvi. & xxvii.

TVrpes ſtipulationes generaliter, ſiue promittẽtis ſiue ſtipulãtis duntaxat ſiue vtriúſque verſetur turpitudo, nullius ſunt momenti: & ex his ſiquis agere volebat, Prætor actionem omnino denegabat. Eius enim officio cõtinebatur actiones dare vel denegare: vt à doctiſsimis quibuſdã viris ante nos obſeruatum eſt. Et ita quidem nullas dici ipſo iure ſtipulationes ſentio, vt nullum pignus à Caio dicitur, cuius perſequutio negatur.[a] Et licet Paulus agentem ex turpi cauſa ob quam promiſſum ei fuerat, exceptione doli mali, vel in factum ſubmoueri dicat, atque ita ſtipulationem non ipſo iure tolli, ſed exceptione, affirmare videatur:[b] tamen non ideo minus turpis ſtipula-

a ca. xxvij. de noxa. action.

b. Cap. viij. de condict.

ſtipulatio nullius erit momenti, cùm apud Prætorem negotium exponi oporteret, qui vel actionem ſub exceptione concipiebat, formuláque præſcripta ad iudicem Pedaneum litigantes remittebat: [c] vel ſi exceptio erat huiuſmodi, vt deneganda omnino eſſet actio, agere non permittebat. Hinc illud eſt quod ſcribit Paulus, Nihil intereſt, ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.[d]

ob turp. cau.

c Theoph. inſtit. titu. de interdic.

d Cap. cxij. de diuerſ. regul.

Ad cap. xxviii.

IN hac ſtipulatione, fundum tradi, nondum factum verſatur, id eſt ius nullum continetur: nec in ſtipulatorem, rei traditæ proprietas tranſit: ideóque fructus in eam ſtipulationem non veniunt, etiam ij qui ſtipulationis tempore pendebant.[a] Quòd ſi ita ſit concepta ſtipulatio, vt quis vacuam poſſeſsionem tradi ſtipuletur: cauſam bonorum in obligationem deduci reſponſum eſt,[b] ideóque fructus poſtea captos actione incerti ex ſtipulatu propter ſtipulationis verba conſequetur.[c] Non ſufficit igitur ita rem tradi, vt apprehendi à ſtipulatore poſsit, ſed etiam vt ei liceat fructus ſine controuerſia percipere. Quòd ſi alia ex cauſa fructus debeantur, vt quia contractæ emptionis

a Cap. lxxviij. infra eo.

b Cap. lij. infra eo.

c Ca. iiij. de vſur.

tempore pendentes, collecti atque percepti sunt ante interpositam stipulationem: eorum præstatio ea stipulatione non continetur, neque ipsos actione ex stipulatu petere stipulator potest: sed actio ex empto, vt ait Pomponius, superest ad fructuum præstationem.[d] Ita sensisse iureconsultos eorum verba satis indicant.

d cap.iij. de act.emp.

Ad cap.xxix.

SI plures summæ vel species expressè ac nominatim in stipulatum deducantur, tot sunt stipulationes, quot res separatæ & distinctæ. Neque enim mixta additáve vna summa vel specie quæ non fuit in priori stipulatione, nouatio fit, nisi nouandi animo id actum esse appareat.[a] In venditione autem aliud à nobis obseruatum est. Nam si in singula corpora pretium constituatur, plures venditiones con tractæ intelliguntur. sin minus, vna tantum cō trahitur.[b] Plura enim corpora in contractum deducta pro vno habētur.[c] Non ignoro tamē euictionū tot esse actiones, quot & species rerum emptionē comprehensæ sunt.[d]

a Ca. lviij. infra eo.

b Cap. xxxiiij. de ædil.edict.

c cap.xliiij. de cōt.emp.

d.Ca.lxxij. de euict.

Ad vers. At si quis.

Verùm enumeratio plurium rerum disiunctiuo modo comprehensa, plures stipulationes

tiones vt nec etiam legata facit.[e] Fateor tamen si ita legetur, Sempronio decem: aut si noluerit, Stichum hominem lego: hoc casu duo esse legata, sed vno contentum esse debere legatarium. cuius diuersitatis non est obscura ratio: quoniam testator duas species nominatim legat ita, vt legatario eligere vtram voluerit liceat: quod in cæteris locum non habet. Toties enim hæredi electio est committenda, quoties moram non est facturus legatario.[f]

e ca. xxvij. de legat. ij. & ca. xxv. Quã dies legat.

f cap. xlvij. §. Sed si Stichus. de legat. j.

Ad §. Si à fure.

Qui rem furto subtraxit, non potest non esse in mora, & restituẽdi dilatione: ideóq; semper rei extinctæ detrimentum præstat.[g] Et certè cùm pro furto multæ proditæ sint actiones, vna quidem est quæ condictio furtiua appellatur, qua & res ipsa, & id quod interest agentis, petitur.[h] Soli autem domino competit:[i] qui si à fure stipuletur quod ex causa condictionis dare facere oportet, efficit vt huiusmodi tollatur condictio,[K] & desinat periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata.[l] Nõ potest autẽ stipulari dominus rem furto subtractã sibi dari, cùm sua esse non desinat. Quia verò condicere potest, ei quoque stipulari licet quod ex causa condictionis alioqui consequeretur.

g cap. viij. de condict. furtiu.

h. cap. iij. & vij. de condict. furt.

i cap. j. ill. titu.

K ca. xvij. ill. titu.

l cap. viij. de nouat.

Ad verſ. Quandiu enim viuit.

QVid eſt quod ait hominem quandiu viuit condici poſſe: cũ Papinianus tolli veluti quadã delegatione condictioné, vel cùm ſeruus furtiuus offertur, vel in aliud nomen, aliúmque ſtatum obligationis transfertur, ſcripſerit?[m] Equidem ſentio cõdici & hominem, & id quod agentis intereſt, poſſe: non condictione furtiua, quæ nouatione quadã extincta eſt, ſed ea quę ex verborum obligatione proficiſcitur. Nam Iuſtinia. actiones quę ex ipſa naſcuntur, cõdictiones appellat.[n] Præterea quid de eo dicemus quod ille ipſe Papinianus dixit nihil intereſſe præſens homo fuerit, necne: cũ Marcellus ſcripſerit, ſi tamen cùm in prouincia fortè ſeruus eſſet, interceſſerit ſtipulatio: & prius quàm facultatem eius nanciſceretur fur vel promiſſor, deceſſerit ſeruus, furem condictione non liberari? non enim obtuliſſe eum propter abſentiam intelligi poteſt.[o] Ego verò dicendum arbitror extingui quidem ſtipulatione condictioné: verùm ſi ſub offerendi cõditione concepta ſit ſtipulatio, non prius liberari furem, quàm ſi præſentem omnino ſeruũ obtulerit: qua in ſpecie reſpondit Marcellus.

m d. c. xvij.

n In titu. inſt. de ver. oblig.

o cap. lxxij. §. idem reſponſum. de ſolut. & liberat.

Ad cap. xxx.

CVm fideiuſſoria obligatio principalé reſpi

ciat:quodcunq; ſcriptũ eſt quaſi actũ,per præſumptionem actũ videtur:ideóq; cõſtat ſi quis ſcripſerit ſe fideiuſsiſſe,omnia quę cõſueuerũt, acta videri, videlicet eũ vt fideiuſſorẽ interrogatũ eſſe,& ipſum cõuenièter ſpopõdiſſe.[a] Sed & principalẽ obligationẽ iuſtã eſſe ac ſolennẽ, cũ ſine ea fideiuſsio nõ cõtrahatur.[b] Et id quidẽ in hac locũ habet:in cęteris verò cõuẽtionib' æquè nõ obſeruatur.Nã qui à pupillo emit, probare debet ſe tutore authore & lege nõ ꝓhibente emiſſe.[c] Eadẽ vis verbi promiſiſſe traditur à Iuſtiniano.[d] Si quẽ enim promiſiſſe in inſtrumento ſcriptũ ſit,perinde habetur,atq; ſi præcedẽte ĩterrogatione reſpõdiſſet:quoniã ex reſponſione quæ in inſtrumẽto conſcripta eſt, præſumitur & interrogationem in re agenda præceſsiſſe.Ideóque nihil intereſt ſiue ita concepta fuerint inſtrumenti verba,ſiue appareat interrogationem præceſsiſſe.

a Inſtitu. titu.de fideiuſ.in fi.& ibi Theoph.

b cap.xij. C.de fideiuſ.

c cap.xiij. in fin.de pu blic.in rem action.

d §. Si ſcriptum. de inutil. ſtipulat. inſt. & ibi Theoph.

Ad cap.xxxi.

Videtur magis in ſtipulationibus id tempus ſpectari,quo contrahimus,quàm quo rem petere poſſumus.[a] Et conſtat quidem perſonarum ac rei in contractum deductæ rationem à principio haberi vt vires accipiat ſtipulatio, Verùm ſi eius effectus ex præſenti dũtaxat vitio impediatur,ne inutilis reddatur obligatio, minúſque conſequatur ſtipulator quod ei iure

a Cap. lxxviij. infra.eod.& cap.xxvj. de ſtip.ſeru.

permittente dari poteſt, futurum tempus non præſens ſpectandum eſt.

Ad cap. xxxiii.

HOc caput ad diſputationem moræ pertinet: ex eóque cõſtat ſpeciei promiſſorem ad diem obligatum ante eius lapſum interitus periculum non præſtare.

Ad cap. xxxiiii.

QVid ſit cõmercium habere, oſtendit Paulus cum Labeonem referre ſcribit, agrũ cuius cõmerciũ nõ habes, legari tibi poſſe Trebatium reſpondiſſe. Quod meritò Priſcus Fulcinius falſum eſſe aiebat. Sed Proculus, ſi quis hæredem ſuum, cùm fundum, cuius commercium is hæres non habeat, dare iuſſerit ei qui eius commercium habeat, putat hęredem obligatum eſſe (quòd verius eſt) vel in ipſam rem, ſi hæc in bonis teſtatoris fuerit: vel ſi non eſt, in eius æſtimationem.[a] Is igitur rei cõmercium non habere dicitur, qui eam propter corporis ſui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quãcunque probabilem cauſam habere non poteſt, quanuis illius capaces ſint cæteri. Nec enim hæc verba ad eas res referri poſſe ſentio, quæ ab humano commercio & vſu omnino remotę ſunt, cũ de iis ſtipulari non liceat.

a Cap. l. de legat. ij.

Quod

Quod hîc de ſtipulatione dicitur, in legato etiam locum habet: niſi fortè teſtator legatarium incapacẽ eſſe certò ſciẽs, rem ei aliquam legauerit. Nam is nihilominus quanti ſolet comparari, tantam æſtimationem accipiet.[b]

b cap.cxj, §. si quid. de leg.j.

Ad cap. xxxv.

In verb. ſi tamen conſentiatur.

QVanuis congruè ad interrogationem non ſit reſponſum, ideóq; ſtipulatio nõ contrahatur: ſi tamen in id quod reſponſum eſt, conſenſerint contrahentes, valet quod actũ eſt: quoniam hi contractus cõſenſu fiunt, non verbis confirmantur.

Ad cap. xxxvi.

COntractus cui vel dolus cauſam dedit, vel in quem dolus incidit, ſiue ſit bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris, tum iure ciuili, tum exceptione prætoria infirmatur: quanuis ſubtilitate iuris valeat. Quod enim dicitur eũ ipſo iure nullius eſſe momẽti, intelligitur non vi exceptionis quę obiicitur, ſed quia iure ita conſtitutum eſt, vt nullus reddatur.[a] Tollitur etiam doli exceptione contractus, ſi ipſa tãtùm res dolum habeat.

a. ca. xxxv. de pac. vij. de dol. xiij. de mino. iij. pro ſocio. xiij. de act. empt. v. C. de reſcind. vendit.

Ad cap. xxxviii.

DEſumptum eſt hoc caput ex Vlpiani libro

xlix. ad Sabinum. In cuius enarratione diligenter obseruandum est in quo Sabinum notet Vlpianus. Hoc enim neglecto ipsum intelligere difficilimum est. Itaque prima huius capitis verba vsq; ad versic. Sed se obligat &c. Sabini sunt: cuius sententiam notat atque interpretatur Vlpia. in hoc ipso versic. Tum Sabini verba sequuntur ab eo versic. At si quis velit, &c. Vt verò huius capitis enarrationem aggrediar, tollenda est quædam contrarietas quæ ex Pauli responso oritur.[a] Scribit enim ille eum qui spōdet dolum malum abesse, abfuturúmve esse, non simplex abnutiuum spondere, sed curaturum se vt dolus malus absit. Idémque in illis stipulationibus habere licere. Item neq; per te, neque per hæredem tuum fieri quo minus fiat. Constat autē eum qui effecturum se vt Titius daret spoponderit, obligari.[b] Sed inspiciendum est quanuis hac stipulatione factum alienū promitti videatur, atq; ita senserit Sabinus: tamē Vlpianū existimasse promissorem eiúsque hæredes & successores tantùm cōtineri. quod nec Paulo displicuit. Licet enim simplex abnutiuum hanc nō continere stipulationē dixerit: non tamen generaliter statuit promissorem sese obligare vt curet per neminē fieri quo minus habere liceat, sed eam

[a] Cap. lxxxiij. inf.

[b] §. Si quis alium. de inuti. stipul.

eam vim & naturã huic inesse obligationi. Est igitur quod scribit, cum hoc capite coniungẽdum: quod & satis indicat exemplum stipulationis, Neque per te, neque per hæredem tuũ fieri quò minus fiat. Fateor equidem spondere aliquem posse se effecturum ne per quẽquam omnino fiat quo minus liceat habere: verùm promittere non potest per quenquam non fieri quo minus liceat habere: quod sensit Vlpia.

Ad verb. hoc est neque ipse reus.

Hæc verba siue sint Sabini, siue Vlpiani, prę-clarè (meo iudicio) explicant quid contineat stipulatio habere licere, cui sub pœna factum alienum inest. Neque enim illa de promissore intelligenda sunt, licet ita posse accipi non ignorem: sed ad reum, id est eum de cuius re agitur,[c] ipsum scilicet per quem promissum est non fieri quo minus habere liceat, eiúsque hæredes & successores, referri debẽt. Sic enim contextum rectè coniungemus. *c. Cicer. lib. 2. de orator.*

Ad verb, controuersiam fecerit.

Mota igitur controuersia efficit vt hæc stipulatio habere licere committatur. Habere enim dicitur qui sine interpellatione obtinet.[d] Verùm & si is qui emptorem in euictione *d. Cap. 188. de verb. signific.*

rei vicerit, ante ipsam ablatam vel abductã sine successore decesserit, rẽ nihilominus habere licere emptori videtur.[e] Nã licet propter cõtrouersiam cõmissa erat stipulatio: quia tamẽ res apud emptorem remanet, estque finita lis atque extincta, per neminem factum esse videtur quo minus ipse rem habere potuerit: ideóque tum nulla competit emptori ex stipulatu actio: quia rem ei habere licet.

e. Cap. lvij. de euict.

Ad §. *Quæsitum*.

Obseruandum esse monuimus[f] vt ex stipulatione quanuis à principio inutili consequatur stipulator quod ei iure permittente dari potest, sicque illa quasi ex post facto confirmetur & valeat. Quæ etiam est huius sententiæ ratio.

f. In enarr. cap. xxxj.

Ad verb. *Quicquam factum sit*.

Hæc verba sunt facti non minus quàm per te non fieri neque per hæredem tuum quo minus mihi ire agere liceat: quãuis seruitutes (quarum vis & natura hac conceptione explicatur) sint iuris,[g] vt etiam in hac stipulatione ius verti dicitur.[h]

g. Inst. titu. de reb. corp.

h. Infrà eo. cap.

Ad vers. *Sed si seruus*.

Hæc sunt Vlpiani verba quibus disputat de generali sententia Sabini, eámque interpre-

pretatur. Primùm autem Iuliani opinionem refert: quæ an vera ſit nécne, omnino non definit, ſed ipſe dicis (vt aiunt) gratia hanc ſtipulationem habere licere iuris verba, continere concedens, quomodo in ſpecie qua de agitur, accipienda ſit, explicat. Cæterùm alio loco diſertè oſtendit inter hãc & illam ſtipulationem, per te nõ fieri neque per hæredem tuum quo minus mihi ire agere liceat, non multum intereſſe. [i] Sunt igitur duo illa capita coniungenda, & ex iis illud colligendum, hanc ſtipulationem habere licere, & ius & factum continere: ideóque illam ex facto propoſito accipiendam eſſe: quod & ſuprà admonuimus.

i. Cap. iij. ſupra.

Ad verſ. Sed quanuis iure ciuili.

Hæc verba vt ſuperiora de ſtipulatione habere licere, ad perſonã ſerui referenda ſunt, cui ipſi ſuo nomine ſtipulanti poſsidere licere permiſſum eſt. Si enim eius nomine poſsideat in cuius eſt poteſtate, ciuiliter, nedum naturaliter poſsidet. Nã vſucapere poteſt etiã ſi furioſum vel infantem dominum habeat. [k] Verùm ſine poſſeſſione vſucapio contingere nõ poteſt[l] Sed cum ipſa ſit legitimus & ciuilis modus acquirendi dominij, [m] non poteſt currere niſi ciuilis ſit poſſeſsio.

K. Cap. 28. de vſucap.
l. Cap. xxv. de vſucap.
m. Titu. inſt. de vſu & habit. in fin.

Ad verſ. Si quis ita.

Iuſtiniani deciſio Lāpadio & Oreſte C.C. lata nihil in vſufructu immutauit. Ea enim ad eas tantum altercationes pertinet, quæ de hæredum adiectione inter iureconſultos oriebantur. [n] Semper autem inter eos conuenit vſumfructum ad hæredes nunquam tranſire.

n. Cap. xiij. C. de cōtra. & comm. ſtipulat.

Ad verſ. Sed & ſi non addiderit.

Aliud ſtatuit in conſtitutæ pecuniæ obligatione ſeu promiſsione Iuſtinianus: [o] cuius conſtitutio cùm ſpecialis ſit, ad alios contractus referri non debet: ideóque ſiue quis ſtipuletur ſiue promittat, abſque determinatione certę perſonæ cùm neminem alteri poſſe ſtipulari cōſtet, cúmque reſponſionem interrogationi conuenire (vt diximus) oporteat, perinde habendus eſt atque ſi perſonam ipſam expreſsiſſet.

o. Nou. cōſt. cxv. §. Ad hæc & aliud.

Ad ver. Licet diuerſi ſint fructus.

Hoc eſt, Licet frūctus qui ab hærede percipiútur ex vi ſtipulationis, diuerſi ſint ab his quos iure vſusfructus collegit ſtipulator. Eſt igitur vnus atque idem vſusfructus qui ſtipulatoris morte non finitur, ſed ad hæredes ex conuentione tranſit: adeò vt noua conſtitutione opus non ſit, [p] non magis quàm ſi teſtator repe-

p. Cap. iiij. Quib. mo. vſufr. am. cap. xxix. de vſufr. leg.

repetierit legatum vsusfructus: vt etiam post capitis diminutionem debeatur.[q]

q. ca. xxiij. de vsuf. le.

Ad vers. Nam & si ire.

Verisimile est iureconsultos obseruasse aliquando hæredum adiectionem, aliquando eam neglexisse: cùm satis illi sermonis compendio stipulatione contineantur. Sed & eos de transferenda ad hæredes obligatione dubitasse. Quæ ratio Iustinianum mouit vt decisionem illam cuius meminimus ederet.[r]

r. Cap. xiij. C. de contrah. & cõmitt. stipu.

Ad vers. Si vero de plurium.

Hæc enim stipulatio, Cui rei dolus malus non absit, vel non abfuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes? in rem concepta est, nec certam vllam personam exprimit: ideóque etiam ea comprehenduntur extranei, [f] quorum factum in stipulationem deduci non potest nisi pœna adiecta sit.

f. Cap. xix. iudic. solui.

Ad vers. Suæ personæ.

Regulam tradit iureconsultus quæ ad omnes omnino stipulationes pertinet: vt in his concipiendis hæredis personam adiicere stipulator promissórve posit, nedum suam exprimere.

Ad §·Inter incertam.

Multum intereſt an certa an verò incerta dies adiecta ſit. Cum enim diei certæ adiectio pro reo non pro ſtipulatore ſit:[t] totum medium tempus ad ſoluendum liberum illi relinquitur: ideóque etiam ſtatim ſoluere vel inuito ſtipulatori poteſt. Alioqui diſcrimen nullum inter certam & incertã diem eſſet. Quanuis enim incerta ſit dies, eáque ſtipulatoris vtilitatem reſpiciat: ei tamen non recuſanti ſolui ante diem poteſt. Vt autem obſignatione liberetur promiſſor,[u] opportuno tempore & locò offerre eum oportet, id eſt eo quo commodè ſtipulator accipere poſsit: quod etiam in pura ſtipulatione obſeruatur.[x]

t. Cap. xli. infrà.

v. Iux. cap. ix. C. de ſolut.

x. Cap. 39. de ſolut.

Ad §. Alteri.

Cum hanc ſtipulationem lex reiiciat, eiúſque ratio non ex proprio iure, aut moribus Populi Roma. ſed ex ipſa naturali æquitate & communi quodam omnium gentium conſenſu ducta videatur: ex illa ne naturalem quidẽ obligationem naſci arbitror. Sed & eam non magis quàm pactum quo conuenit ne à me néve à Titio petatur, ex poſt facto confirmari poſſe ſentio.[a]

a. cap. xvij. §. Si pact. de pact.

Ad

Ad verſ. Cæterum.

Ergo ſi ipſius interſit, valet ſtipulatio, etiam ſi pœna adiecta non ſit.[b]

b §. Sed & ſi quis. de inutil. ſtipulat. inſtit.

Ad verb. Sed quæ ſit quantitas.

Cum quis pœnam ſtipulatur, non illud ſpectamus, an interſit ſtipulatoris, ſed quæ ſit pœnæ quantitas quæ in conditione ſtipulationis poſita eſt, id eſt quantum pœnæ nomine promiſſum ſit, & quæ ſit conditio atque qualitas ipſius ſtipulationis. Non igitur hæc pœna, eius quod intereſt loco adiicitur, nec ex hoc illam metimur, cum ipſius ſtipulatoris nihil interſit: ſed quantacúnque ſit, velut in ſimplum ex ſtipulatione agentes, totam rectè perſequimur.[c] Itaque etiam ſi nihil interſit, ad pœnam agi poſſe ſentio: cùm appareat contra ſtipulationem ipſámque adeò contrahentium voluntatem factum fuiſſe. Verùm ſi pœna non tam ex contrahentium volun tate quàm ex hæredum facto commiſſa ſit: is agens cuius nihil intereſt, doli mali exceptione ſubmouebitur.[d]

c §. Omnes. de actiou. inſtit.

d Cap. iij. ſupra eo.

Ad verſ. In ſtipulationibus.

In ſtipulationibus ſemper reſpiciendum eſt quid inter contrahentes actum ſit. Quod ſi

ambigua & obſcura ſit oratio, commodiſsimum eſt id accipi, quo res de qua agitur, in tuto ſit atque valeat. [e] Et quidem cum oporteat congruè promiſſorem reſpondere: conuenit vt ſtipulator cui liberum fuit verba latius concipere, [f] ambigui ſermonis interpretationem contra ſe ſentiat. In emptione verò & locatione pactionem obſcuram vel ambiguam, venditori, & ei qui locauit, nocere veteribus placuit: cùm in eorum fuerit poteſtate legẽ apertius dicere. [g] Quòd ſi obſcuritas vel ambiguitas orationis non in lege contractus inſit, conſentiántque in corpore contrahentes, verùm de acceſsione dubitent: emptor & conductor qui vel facilè ambiguitatem diſcutere poterãt, imputare ſibi debẽt quòd in re propria cautius negotiari non didicerint: ideóque venditor, & is qui locauit, iuuabuntur. [h]

e cap. lxxx. infrà eo.

f Cap. xcix. infrà eo.

g ca. xxxix. de pact.

h Cap. 34. de contrah. emptio.

Ad verſ. Eum qui.

In quibuſdam manuſcriptis codicibus ita legitur: Eum qui ita dicat, mihi decem, & Titio: expuncta poſteriori particula decem. Quam ego lectionem quibuſdam viris eruditis placuiſſe animaduerti, eámque probabiliorem eſſe ſentio: vt id ſcripſiſſe videatur iureconſultus, Eum qui ita dicat, mihi decem, & Titio:

Titio: etiam si personam Titij adiiciat, eadem decem non alia repetere: ita vt hæc stipulatio decem tantum contineat: quemadmodum & si ita conciperetur, mihi & Titio decem.[i]

Ad versic. Si quis ita stipulatus.

Nam mea interest hominẽ sisti: curabit autem promissor vt eum sistat.[K]

Ad vers. Aedem sacram.

Cùm ædem sacram in hominum commercio non esse constet, dubitari poterat an hæc vtilis esset stipulatio. Sed cum res ipsa in stipulationem non veniat, sed eius tantùm ædificatio, atque ita factum quod publicam respicit vtilitatem: valet stipulatio. Alioqui nec ex locato agi potest: cùm non in stipulationibus tantùm, sed & in locationibus aliísque contractibus obseruandum sit vt alteri per alterum nõ quæratur, nisi contrahentis intersit.[l]

Ad cap. xli.

In §. Quoties.

OMnis stipulatio aut purè aut in diem aut sub conditione fit. Et si quidem pura sit obligatio, præsenti die pecunia debetur. Quod cum aliquo temperamento temporis intelligendum est. nec enim debitorem cum sacco creditor adire debet.[a] Illud non obseruatur, si

i Cap. lvj. infrà eo.

K ca. lxxxi. infrà eo.

l §. Si quis insulam. supra eo. cap. xj. §. Per liberã. de pig. act. cap. 73. de regu. iur.

a cap. cv. de solut.

locus adiectus ſpatium temporis inducat quo illò poſſit perueniri. Id enim verum eſt, quod ex inſtitutionibus Iuſtiniani colligitur, agi prius non poſſe quàm tantum ſpatio præterierit, quo dari fierive poſſit.[b] Dies autem adiectus efficit ne præſenti die pecunia debeatur, cum effectu ſcilicet vt peti poſsit. Nam ſtatim quidem debetur, ſed peti prius quàm dies venerit, non poteſt.[c] Dies enim pro reo eſt, non pro ſtipulatore: non vt nondum debitor ſit, ſed vt medium tempus liberum ad ſoluendum habeat, nec antè compelli poſsit.[d] De conditione & die tacita dicam poſtea latius.

b In fin. titu. de inutil. ſtipulat.

c Inſt. titu. de ver. obli. §. Omnis.

d Cap. lxx. de ſolut.

Ad cap. xlii.

CVm dies obligationis differendæ gratia adiicitur, nõ niſi ex eo pręterito, omnibúſque eius partibus, rectè agitur. Nam peti non debet quod intra tempus comprehẽſum ſolui poteſt. Quod ſi inſeratur, vt præſens videatur obligatio: eo ipſo die pecunia peti poteſt: nec præmaturius agitur.[a] Quod ſi dies in fauorem creditoris adiiciatur, ſcilicet multiplicandæ non differendæ obligationis gratia: ab initio cuiuſque anni quod promiſſum aut relictũ eſt exigi poterit:[b] niſi ex natura rei vel contrahentium aut teſtatoris mente conſtet ex-

a Ca. cxviij. infra eo.

b Cap. j. C. Quand. dies legat. vel fideic.

expectandum omnino esse donec totum tempus præterierit.[c] Neque obstat quod ex Celso malè colligitur, si in annos decem hæres da re dãnatus, aut quis liber esse, iussus est, nouissimo eius temporis die legatũ deberi, & libertatem obtingere. Is enim locus qui corruptè hactenus legebatur, clarissimi viri Haloandri opera sic est restitutus, vt non in annos sed intra annos legatur.[d]

c cap. xxvj. Quand. dies legat.

d cap. xlvij. de cõdit. & demonstr.

Ad cap. xliii.

In verb. quasi moram fecerit.

HAec verba sic intelligenda sunt, si per stipulatorem factum fuerit quo minus arbitretur Titius promissor non tenetur, quasi ipse in mora constitutus fuerit. Ergo etiam si interpellatus fuerit, & in mora esse videatur, quia inest tacita stipulationi conditio, non prius tenebitur quàm arbitratus fuerit Titius.

Ad versic. Magis probandum.

In compromissis arbitrium personæ insertum, personam non transgreditur:[a] ideóque ipso non arbitrante euanescit stipulatio vt si coita sit societas ex iis partibus quas Titius arbitratus fuerit, & Titius antequam arbitraretur, decesserit, nihil agitur.[b]

a cap. xlv. de rece. arb.

b Ca. lxxv. Pro socio.

Ad cap. xliiii.

IN testamentis verò legatum in alterius arbitrium collatum, pro boni viri arbitrio accipitur.[a] Sed pœna non committitur si is cuius arbitrium est, non viuat, vel adesse non posit, aut arbitrari nolit.[b]

a Cap. j. de lega. 2.

b Cap. vj. de condit. & demonstr.

Ad cap. xlv. in princ.

SIue sibi, siue patri, siue impersonaliter stipuletur.[a]

a Versic. idẽ iurus. instit. titu. de stip. seruo.

Ad cap. xlvi.

CEntesimas calendas ita dici constat, vt centesimas vsuras, quæ centum mensibus quibus singulæ pensiones soluuntur, sortem adæquant.

Ad *vers. Id autem quod in facto.*

Iustinianus constituit vt facti stipulatio quæ etiam adimpleri per hæredem potest, ad ipsum transeat, ac si in dando consisteret.[a] Eius autem decisione hanc minimè comprehendi stipulationem verius est, cum ea personæ ita cohæreat, vt per se considerari non posit, & vix ab hærede ex cõtrahentium mente adimpleri. Præterea ex nullis iureconsultorum scriptis quæ in Pandectis extant, constat fuisse inter eos controuersum, an hęc stipulatio transmitti

a Cap. xiij. C. de contr. & commit. stipulat.

ad

ad hæredes possset: cùm tamen illa constitutio ad tollendas veterum altercationes lata sit.

Ad §. *Si ita stipulatus fuero.*

Notanda est in hac hypothesi differentia inter particulas Cùm & Si. Nam si quis ita stipuletur, cum volueris, valet etiam ab initio stipulatio, & pendet ab euentu, scilicet cùm constituerit promissor se velle. Verùm illa stipulatio si volueris, ab initio non valet, quia expressè, principaliter & directè in rei promittēdi arbitrium contra obligationis naturam collata est cōditio ex qua tota vis stipulationis pēdet.[b] *b cap. xvij. sup. eod.*

Ad cap. xlvii

HOc caput eò pertinet primùm, vt intelligamus posse nos stipulari quod alia quauis ex causa dari nobis oportet. Omnib. enim conuentionibus adiici stipulationem posse dictum est. Tum prioris debiti conditiones censeri repetitas, etiamsi eas non expresserint contrahentes. Non est igitur hoc loco necessaria nouatio, sed ex eo potius exēplum colligi potest regulæ iamiam à nobis explicatæ, qua traditur verba obscura contra stipulatorem interpretanda esse.[a] *a cap. xxxviij. §. in stipulationibus. sup. eod.*

Ad cap. xlviii.

EX hoc capite alia differentia inter particu-

las Cùm,& Si,colligitur. Stipulatio enim ſi petiero,ad hæredem nõ tranſit:Cùm petiero autem,maximé.

Ad verb. Admonitionem magis.

Hæc verba,Cùm petiero,quandam continere videntur conditionem. pendent enim à voluntate ſtipulatoris, ſed magis admonitionem quandam habent, vt iis admonere promiſſoré voluerit ſtipulator, ne moram faciat, ſed ſimul atque petierit, ad dãdum quod promiſit paratum ſe præbeat. Moram verò faceret promiſſor,ſi interpellatus quàm celerrimè non ſolueret.[a]

a ca.xxxij. de vſur.

Ad verſ. Et ideo.

Hinc rectè à contrario ſenſu colligi poſſe videtur, conditionem in ſtipulatoris arbitrio poſitam, ad hæredes non tranſire. Quæ quidem quæſtio tractari commodius poſſet in enarratione nobilis Scæuolæ reſponſi.[b] Sed prius animaduertendum eſt omnem omnino conditionem ſiue arbitrariam, ſiue fortuitam ad hæredes tranſire,[c] niſi à ſolius voluntatis declaratione pendeat, cùm hæres teſtatoris voluntatem declarare non poſsit, & morte finiatur voluntas.[d] Itaqúe hoc à contrario ſenſu ductum argumentum omnino non valet,

b ca.cxxij. §.Augerius.inf.eo.
c §.ex conditionali. Inſt.de ver. obli. cap.fi. de condit. Inſtitu.cap. viij.de peric. & cõm. rei ven.
d cap.4. locat.

Ad

Ad cap. xlix.

In verb. Non tenebitur filius.

EX mora patris filius per quem non ſtetit quo minus daret faceret, non tenetur, vt nec etiam fideiuſſoris mora reo nocet.[a]

a ca. xxxij. in fin. de vſur.

Ad verſ. Sed vtilis actio in patrem.

Cùm idem in patris atque fideiuſſoris perſona dicendum ſit, coniungẽdum eſt cum hoc capite, quod ſcribit Papinianus lib. xxxvij. Quæſtionum:[b] non vt dicamus ab eo tantùm referri Neratij & Iuliani opinionem, illam verò Paulo diſplicuiſſe, qui hîc vtilem dandam actionem reſpondit. Id enim ridiculum eſt & abſurdum, cùm iidem eiuſdem legis authores non ſint, nec Paulus aliorum ſentẽtiæ meminerit: imò & ſatis conſtet ex ratione Papiniani illorum opinionem ab eo approbari. Dicendum eſt igitur (meo iudicio) actiones dari à Prætore nunc directas, nunc (cùm eæ deficerent) vtiles. Sed cùm ex narratione negotij dolum admiſſum eſſe intelligeret, nullámque directam eo caſu competere actionem videret, de dolo dediſſe.[c] Qua in ſpecie conſultum Papinianum ex Neratij & Iuliani authoritate reſpondiſſe ſentio.

b cap. xix. de dolo.

c cap. j. §. Si quis cum actionem. de dol.

Ad verſ. Quæ omnia.

Differũt tamẽ pater & fideiuſſor: ꝗ hic ſemper verbis obligetur, ille verò minimè. Præterea in ratione petẽdi non poteſt hodie appellari fideiuſſor anteq̃ reus fuerit interpellatus. Idem de patre dicendũ non videtur, cũ id mutatũ nõ reperiatur. Fideiuſſor mandati vel negotiorũ geſtorum actione quod dedit repetit: pater verò cõtra filium nullam omnino habet actionẽ. Fideiuſſor in ſolidum, pater ex peculio tantũ tenetur. Reſtitutio filij patri nõ prodeſt, vt ſolet interdũ fideiuſſori eius prodeſſe.[d]

[d] cap.iii. §. ſed vtrum. de minor.

Ad §. Si ſtipulatus.

Ex hoc loco & principio huius capitis conſtat intereſſe inter dandi & faciendi obligationẽ. Cùm enim nihil referat à quo pecunia detur: tum reus tum fideiuſſor daturos ſe ſpondent. At multũ intereſt à quo fiat: ideo fideiuſſoris opera nec nocet nec prodeſt reo.[e] Cęterũ fideiuſſor ex ſuo facto iniuriarum tenebitur.[f]

[e] cap.xxxj. de ſolut.

[f] cap.xxv. de act.em. cap.xiij. §. Si quis me prohibeat. de iniur.

Ad §. In hac.

Equidem ipſi hæredi nullo modo ſubueniendũ eſſe ſentio, non tantũ non ex clauſula generali, Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur: ſed nec ex magna & iuſta cauſa ignorãtiæ,[g] Cùm enim pœna cõmittatur etiam non adita hæredita-

[g] cap.xv. Quod vi aut clam.

ditate,[h] multo magis per hæredẽ fieri videbitur, si non curauerit vt stipulator nullo modo impediatur. Id enim stipulatione continetur. Ea verò ad hæredem omnino trãsit, vt eadem cum defuncto promissore persona censeatur.

h ca.lxxvij inf.eod.

Ad *vers. Non videtur autem.*

Ex Pauli sententia cõstat interesse, an ex defuncti promissione dependeat, ex eiúsque conuentione proficiscatur, an verò à pupillo incipiat obligatio. Si enim cõtractum sit cum defuncto, & vt hæreditaria in pupillum transeat stipulatio,per eum mora committi potest, nec restituitur:[i] quanuis Antonin.quibusdam rationibus & coniecturis motus restituendã pupillam pronunciauerit.[K] Cõtrà verò si ex eius persona dependeat obligatio.

i cap.ij.C. si aduer.vẽdit.pign.
K cap. xxxviij.de minorib.

Ad cap.lii.

In verb.Causam bonorum.

HAec clausula continet effectum & vtilitatem possessionis bonorum: scilicet vt posit fructus capere stipulator.[a] Verũ causa latius patet:& pro omni accessione vsurpatur.[b]

a cap.j. §. hæc actio. Si quis testa.lib. esse.
b cap.xxxi. Si cer.peta.

Ad *cap. liij.*

HIc traditur cautio maximè in componenda stipulatione obseruanda. Quicquid enim adstringendæ obligationis causa est, id

nisi palàm verbis exprimatur, omissum esse intelligendum est.[a] Nec id abs re. Nā clausula generalis facilè potest eludi calūnia quadam.

a cap.xcix. inf.eod.

Ad verb. *In præsenti occupari.*

Id est præueniri tum cùm fit stipulatio. Nam doli clausula quę in stipulationibus subiicitur, nō pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cauetur,[b] sed ad incertos casus, id est non expressos quibus dolus committi potest.

b cap.cxix. inf.eo.

Ad cap.liiii.

In §. *Operarum.*

OPera neque promitti, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte potest, non magis quàm opus. Horum enim diuisio corrumpit stipulationem.[a] Quod si non vna, sed plures operæ sint, & plures hæredes existāt patrono, qui operas stipulatus est (qua in specie Iuliani sententia intelligitur) verum est obligationem operarum numero diuidi, vt etiam generum.[b] Sed & si communis libertus patronis duobus aut communi eorum seruo aliquot operas daturū se promiserit, iurauerítve, ipsas ab vtroq; dominorū pro parte peti posse, Labeoni,[c] Celso,[d] & Iuliano[e] placuit. Quæ quidē distinctio Vlpiani authoritate cōprobata, ea mihi verior videtur,

a ca.lxxij. inf.eo.
b cap.xv. de oper. lib.
c.cap.viij. de oper.lib.
d d.cap.xv. de oper.
e hîc in secūda specie.

videtur,qua opera nunc pro facto,id est diurno officio,nunc pro preterita opera,id est eius æstimatione & pretio accipitur. Constat enim iudicium de operis tunc locum habere, cum operæ præterierint. Præterire autem non possunt antequam incipiant cedere: & incipiunt postea quàm fuerint indictæ.[f]

f Cap.xiij de oper. libert.

Ad cap.lvi.

In §.Te & Titium.

POtest autem filio hæredi cauere vt exceptione pacti conuenti tutus sit.[a]

a Cap.x.de pac.dota.

Ad verb.vel emancipato.eo.

Hæc ipsa est facti quæstio. Tacitè enim hęc conuentio inesse stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Obseruandum est igitur quid inter contrahentes actum sit.[b]

b Cap. xxxviij. de solut.

Ad §.Si hominem.

Non video hîc transfusionem prioris debiti in aliã obligationem factã, nec aliquid nouandi animo inter contrahentes actum vt nouetur obligatio. [c] Itaque duas esse stipulationes sentio: vnam puram, alteram verò sub conditione conceptam, Idem enim debitum manet, nihílque ex prioris obligationis natura innouatur, sed tantùm alia persona adiicitur, quæ sese nouo vinculo adstringens, alteram

c Iux. Cap. j.& ij.de nouat.

obligationem constituit, ita vt si res existente conditione adhuc sit integra, idest neque post moram prioris debitoris perierit, neque is acceptilatione liberatus sit: vterque remaneat obligatus. Secus enim illo casu posterior debitor, hoc autem prior liberaretur.

Ad cap.lvii.

FAcultas implendæ conditionis ad hæredes transit, vt ii ea existente vel obligētur, vel alios sibi obstrictos habeant.[a] Nunquam verò à iuris authoribus traditum est posse cũ iis impleri conditionem, vt extraneus aliquis (quem tertium appellant) teneatur: quemadmodum ostendemus in enarratione responsi Scæuolæ.[b]

a §.ex cõditionali.titu. de verb obliga.instit.

b ca.cxxij. infra eo.

Ad cap.lviii

VSusfructus duplicem habet significationem.aliquando accipitur pro seruitute, id est iure quod nobis a re aliena debetur: & dicitur seruitus personalis. Et tum quidem non magis est pars fundi quàm cœmenta vel fenestræ vel parietes vel dięta.[a] Aliquando significat commoditatem aliquam: & pars dominij dicitur.[b] id enim (vt præclarè ad Curium scribit Cicero[c]) cuiusque est proprium, quo quis-

a Cap.xiij. de accept. cap.xxv.de ver.signific.

b.cap.4. de vsufru.

c Epist.li.7.

quisque fruitur atque vtitur. Sed hæc aliâs plu ribus.[d] d In enarr. titu. de verb. signific.

Ad verb. Nihil agit nisi in omnibus.

Tum ex hoc loco, tum ex Vlpiani verbis colligitur veteribus iureconsultis placuisse nouationem ita demum fieri, si hoc agatur, vt nouetur obligatio.[e] Sed & necesse fuisse id specialiter exprimi, vt Iustiniani constitutio hac in re ius antiquum minimè correxerit.[f] Ob id igitur nouam suam constitutionē emisit Iustinianus, quòd cum ex ea prudentium opinione infinitas ambiguitates (quę multas pdu cebant controuersias) nasci videret, intellexit satis non esse si in posteriore stipulatione exprimerent contrahentes sese nouandi animo id facere, cùm variæ de hoc præsumptiones introducerentur: sed præterea requiri vt specialiter remitterent priorem obligationem, & hoc exprimerent, & posteriorem pro priore eligerent. Hoc ipsum est quod à Iustiniano constitutum esse arbitror, nisi me fallunt rescripti verba.

e Cap. 2. de nouat.

f Cap. fi. C. de nouat.

Ad cap. lix.

IDem in fideiussoria obligatione Africanū constituisse existimo. Scribit enim: Cū quis

in diem mercem ſtipulatus fideiuſſorem acceperit:eius temporis æſtimatio ſpectanda eſt quo ſatis accepit,[a] id eſt,ipſo die in quem ſatis acceptus fideiuſſor, & idem atque principalis reus promittẽs ſeſe obligauit. Hæc eſt enim ſatis acceptionis natura:nec video qua ratione ex diei lapſu augeatur fideiuſſoris obligatio, cùm is in eandem ac promiſſor cauſam acceptus ſit.Sed de his poſtea.

a Cap.xxj. de oblig. & actio.

Ad cap. lxi.

HAec ideo ſtipulatio contra bonos mores eſſe dicitur, quia viſum eſt improbum veteribus, quem eſſe ſolicitum de bonis viuentis.[a]

a.Cap.2.de vulg.cap.fi. C.de pact.

Ad cap.lxviii. in fin.

IDem omnino ſcribit Papinianus in ea ſpecie qua mihi & Titio ſtipulatus ſum vt ex eo quod illi ſoluendum eſt, incerti agatur.[a] Qui caſus non magis certus videtur, quàm hic ipſe de quo agit Paulus. Equidẽ animaduerti ſubtilem caſuum certorum & incertorum diſtinctionem quæ à Iuſtiniano curioſe traditur, à veteribus iureconſultis adeò obſeruatam non fuiſſe.

a Cap. cxviij.infra eo.

Ad

Ad cap.lxxii.

In ver.veluti viæ.

SEruitutes omnes (excepto vſufructu) indiuiduas eſſe conſtat: quoniam vſus earum qui facto nudo & ſimplici explicatur, ita connexus eſt, vt omnino indiuiſus ſit,[a] atq; eius ſi diſtinctio fingatur, ſeruitutũ naturã corrumpi oporteat. Vſusfructus verò ius diuiduum cõtinet. Nam frui pro parte, non autem vti poſſumus.[b] Itaque communi fundo ſociorum vnus pro parte dominij ſeruitutem nec acquirere nec imponere poteſt.[c] Nullus enim prædio ſeruitutẽ acquirit aut imponit niſi qui eiuſdem dominus ſit,[d] aut quaſi dominus, id eſt qui perinde habetur ac ſi dominus eſſet, iuſque in prædio habet, vt ſuperficiarius, Emphytheuta, bonæ fidei poſſeſſor.[e] Ideóque Papinianus, vnus ex ſociis (inquit) fundi communis permittendo ius eſſe ire agere, nihil agit. Et Paulus, ſi vnus ex ſociis ſtipuletur iter ad communem fundum, inutilis eſt ſtipulatio, quia nec ei dari poteſt.[f] A quibus nec alij diſsident iureconſulti. Si enim totus ager itineri aut actui ſeruit, ita diffuſã eſſe ſeruitutẽ Iabolenus reſpondit, vt omnes glebæ ſeruiant.[g] Et Vlpianus, vna eſt via (inquit) & ſi per plures fun

a Ca. xvij. de ſerui.
b Cap. xix. de vſu & habita.
c. Ca. ij. vij. §. Si prædium. in fi. & xj. de ſeruit. cap. xxxij. verſ. neque quod dici ſolet. de ſerui. ruſtic.
d §. Ideo. inſt. de ſeruit. cap. j. Commun. præd. Iux. ca. xxxviij. §. Alteri. ſupra eo.
e Cap. j. de ſuperfic. in fi. cap. iij. de no. oper. nunt. cap. xj. §. j. de publicia.
f. Cap. xix. & xxxiiij. de ſer. ruſt.
g Cap. xiij. § ſi totus. de ſeruit. ruſtic.

h Ca.xviij. ill.tit. dos imponatur, cũ vna sit seruitus. [h] Quare is
i Cap. xxj. ill.tit. ipse Paulus, Si mihi concesseris [i] iter aquæ per fundum tuum, non destinata parte per quam aqua duceretur, totus (ait) fundus tuus seruiet. Et alibi, quæcunque seruitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur. [k] Huc perti-
k Cap. xxiij. §. Quæcũque. ill.tit. net Marcelli responsum, qui duobus cõmunẽ fundum habentibus legari viam posse scribit. [l]
l Cap. 2. de serui. leg. Quamobrem receptum est plures dominos cessione non pariter eodemve tempore facta, fundo seruitutem imponere vel acquirere posse. Verùm non aliter vicini ius erit, quàm si ex nouissimo actu superiores confirmẽtur, ideóque subtili ratione omnes eodem tempore ces-
m Cap. xj. de ser. rusti. præd. ca. vl. Commun. prædio. sisse videantur. [m] Si autem fundus certis regionibus, id est diuisionibus separatis seu in partes diuisas separatásque distinctus sit, ad certam illius partem dominus & remittere fun-
n Ca. vj. de serui. do seruitutem, & imponere potest. [n] Huiusmodi enim portio totũ quiddam verius & re-
o Ca. xxv. de ver. signific. ctius quàm pars appellatur. [o] Ideóque Vlpia. Si quis partem ædiũ tradat, vel partem fundi, non potest seruitutem imponere: quia per partes seruitus imponi nõ potest: sed nec acquiri. Planè si diuisit fundum regionibus, & si partẽ tradidit ꝑ diuiso, potest alterutri seruitutẽ im-
p Cap. vj. §. Si quis ponere, quia nõ est pars fundi, sed fundus. [p] Et

si autem

ſi autem per indiuiſas fundi partes vel pro dominij parte ſeruitus conſtitui nequeat, retineri tamen poteſt. [q] Eſt igitur aliud acquirere ſeruitutem, aliud eam acquiſitam confirmare ſeu retinere. [r] Itaque communicatis quæ mutuò ſeruiebant prædiis, ab altero è dominis alteri ſeruitus remitti nõ poteſt, propterea quòd prædio non perſonæ debeatur. [ſ] Quod ex hac ſpecie intelligi facilè poterit. Titij Sempronianũ erat prędium: cuius vicini (quod Tuſculanum dicebatur) dominus erat Seius, vtrique ſeruitutis nomine obnoxiũ poſsidet Caius, quod deinde Seio & Titio vicinis in commune ceſſit. Per partes nihilominus ſeruitus retinetur, id eſt, communis ille fundus & Semproniano & Tuſculano ſeruit. [t] Verùm ratione partis indiuiſæ quæ Titio intellectu tribuitur: is ipſe fundus Seio ſeruit. Alterius verò quam animo & cogitatione, licet re minus diſtinctam & ſeparatam ſibi vindicat Seius, per communem fundum, Titij prædio ſeruitus debetur. Nec enim res ſua cuiquam ſeruit. [u] Idem dicendum eſſet ſi Tuſculano Sempronianum ſeruitutem deberet, dein Seio Titius Sempronianũ cõmunicaret. Nã pro parte ſeruitus retinetur, quã Titio remittere Seius non poteſt: cũ prędio magis quã perſonę debeatur.

partem. Cõmun. pr. q. d. §. Si prædium. de ſerui.

r Cap. cxl. §. Et ſi placeat. infra eo.

ſ d. Cap. xxxiiij. de ſeru. ruſtic.

t Ca. xxvij. in verſic. At ſi proprio. de ſeruit. ruſtic.

u Ca. xxv. de ſeruit. vrba.

Ideóque licet communis ſit fundus ille, eorúmque pro partibus indiuiſis: ius tamen ſeruitutis, vnum atque eodem modo (vt inquit I.C.[x]) indiuiduum manet, non minus quàm toti cùm inhærebat fundo. Nam pro ea parte quæ Titij fingitur, ſalua & integra retinetur: ſeruitus. Itaque ſi diſcedant à communione, fundúſque ſeruiens ad Titium reuertatur: quę in vnam coarctata erat partem ſeruitus, per totum diffuſa prædium Tuſculano debebitur fundo, eáque in priſtinum reſtituetur ſtatum.[a] Quòd ſi Seius & dominantis & ſeruientis fundi dominus eſſe cœperit, confundi tollíque ſeruitutem neceſſe erit.[b] Idem dicendum ſi communi prædio fundus ſeruiens in cõmune redẽptus ſit: quia par vtriuſque domini ius in vtroque prædio ipſa redẽptione factũ eſt.[c] Quamobrem indiuiduas eſſe omnino ſeruitutes conſtat, quia vſus earum indiuiſus eſt. Ex eo enim quòd per temporum interualla diſtinguatur ſeruitutis vſus, non fit vt ad tempus vel ex tempore ea conſtituta videatur. Seruitutes nanque perpetuam habent cauſam, id eſt conditionem ac materiam quæ ſemper durat, vt ſua natura vſus earum continuari poſſit.[d] Itaque vtilitatis cauſa receptũ eſt, vt ſeruitutis vſui (ſalua manente eius ſubſtãtia) modus adiicia-

x Cap. vj. § ſi vero. Quẽadmodum ſeruit. amitt.

a arg. cap. ix. Cõmun. præd.

b. Ca. xxix. de ſer. vrb.

c d. cap. xxvij. de ſeruit. ruſti.

d Cap. xxvij. de ſer. vrba.

adiiciatur, iſque ideo temporibus aut menſuris diſtinguatur, [e] ius tamen ſeruitutis non immutari conſtat. Quare ſociis ac cohæredibus & communi diuidundo, & familiæ erciſcũdæ iudicium datur, quo ſeruitutis vſus inter eos menſuris ac temporibus diſtinguatur, atq; (vt hoc vno verbo dicam) modificetur: [f] non quidem vt in ſeparatas diuiſáſque partes diſtribuatur ſeruitus, ſed vt illi cõmodius ſeruitute vtantur. Nec enim verum eſt ea (vt ita loquar) modificatione ſeruitutes in partes certas & ſeparatas diſtingui, cum nulla omnino fiat diuiſio, atque earum vſus non ſolum non iure, ſed nec natura diuiſionem recipiat, vt in enarratione ſecundi capitis diximus: quò vt cætera quæ ad hanc de diuiduis & indiuiduis obligationibus quæſtionem pertinent, intelligat, lectorem remittimus.

e ca. iiij. §. modũ & v. de ſerui. ca. iiij. & ſeq. de aqu. pluu. & æſtiua.

f cap. xix. Comm. diuid.

Ad verſ. Celſus tamen.

Equidem neque in creditoris neque in debitoris fauorem, ſed ex natura rei inductum eſſe ſentio, vt ſi quis facere promittat, & per eum ſtet quo minus faciat, ob idque ſtipulatoris interſit, pecuniam dare debeat. Cum enim vt conuenerat non fecerit: eum ſtipulator ad ipſum factum quod non extat, cogere non po

ſteſt. Verùm quia illius intereſt factũ nõ fuiſſe: iuſta æſtimatione facti petitionem habebit, id eſt ad pecuniam aget, quatenus ſi factum fuiſſet, damnum non ſenſiſſet, lucrúmve conſequutus fuiſſet. hac enim verborum circunlocutiõe id quod intereſt intelligit Celſus: quod iuſta facti æſtimatio dicitur, non quia ipſum eſt pretium aut æſtimatio, ſed quia in eius cõputationem venit facti æſtimatio, illúdque in locum facti ſuccedit: vt oſtendimus in explicatione nouæ conſtitutionis Iuſtiniani. Sed obligatione factum vel poſt moram continetur,[g] maxime illud quod ex conſummatione formam accipit, vt ſuprà diximus.[h] Quod ſi mora effecerit vt prꝍſtari nequeat, in petitione verſatur pecunia: vt hoc ex loco conſtat per verb. ſi non fuerit factum, id eſt ſi propter promiſſoris moram opus effectum conſequi non potuerit. Licet in aliis factis pecunia & obligatione contineatur, & in petitione condẽnatione ac præſtatione ſit,[i] ita vt in his vtrunq; ſit in obligatione ſub alternatiua quadam conditione, & quædam vnius obligationis in aliã fiat transfuſio, non tamen ſit vera nouatio.[k]

g In princ. titu. de ver. oblig.

h cap. xiiij.

i cap. lxxxj. infra eo. ca. fin. Si quis in ius voc, cap. xiij. de re iudic.

K cap. xliij. de oblig. & actio.

Ad cap. lxxiii.

In §. Si Stichi.

Non

NOn pertinet præcipuè hic locus ad interitus periculum quod moroſo imminet, ab eóque vitatur poſt moram offerendo: ſed vt intelligamus eum etiam qui certam ſpeciē dare promiſit, poſſe pecuniam offerēdo morā purgare. Itaque in dandi obligatione poſt moram pecunia ſuccedit. Et certè à Pomponio ſcriptum eſt, ſi res perierit, in eáq; danda promiſſor moram fecerit, æſtimationem eius peti.[a] Sed hæc aliâs pluribus.

a cap. vj. de vſufr. lega.

Ad cap. lxxv.

In verb. vini Campani boni.

CErtum quidem eſt quid & quantum, ſed eſt quædam qualitatis incertitudo.

Ad verſ. fundi certi.

Quia incertum eſt quandiu victurus ſit fructuarius, ideo quantitas ob vſumfructum præſtanda incerta eſt. Idem de ſtipulatione in ſingulos annos diximus.[a]

a cap. xvi. ſupra eo.

Ad §. Illud.

In verb. Quod in horreo eſt.

Quanuis ex ipſa pronuntiatione non ſatis conſtet de rei certitudine, tamē ratione loci qui demonſtratur poteſt apparere quid, quale quantúmque ſit in ſtipulationem deductum.

Ad §. *Qui id quod.*

In inquirenda ſtipulationum certitudine illud inſpiciendum eſt quod pro regula tradit iuriſconſultus, an ex pronuntiatione conſtet quid quale quantúmque ſit in ſtipulatione. Præterea in incertis ſtipulationibus obſeruandum eſt quo modo ea regula locum habeat, vt in factorum ſtipulationibus non apparet quid quale quantúmque ſit, quia facta ante conſummationem nō ſunt in rerum natura:[b] ideóque illas incertas appellamus.

[b] *cap. ix. de oper. liber.*

Ad §. hæc ſtipulatio.

In *verb. Quoquo modo.*

Hæc verba ſic intelliguntur, vt dominium efficiatur ſtipulatoris vel per traditionem, vel ſine ipſa. Non tam igitur traditionem inſpicimus, quàm ipſum transferendi dominij effectum. Quæ ratio eſt vt hæc ſtipulatio ab illa vacuam poſſeſsionem tradi, differat. In hac enim quanuis fundus certus contineatur vt in dandi obligatione, ea tamen incerta eſt, quia non rem ipſam ſed poſſeſsionem factúmque reſpicit. Cæterum quod hîc dicitur de dandi obligatione, ad eius vim pertinet. conſtat enim hanc eſſe obligationis naturam, vt quis

omnino

omnino cogatur ad id pręstandum quod promisit: atque (vt Iustiniani verbis vtar) necessitate adstringatur alicuius rei soluendæ. [c] Quod non solùm de dandi obligationibus, sed etiam faciendi intelligitur. Quemadmodum enim is qui fundum stipulanti spopondit, cogitur stipulatoris eum omnimodo facere: [d] ita etiam venditorem ipsam rem præstare, id est tradere (quod est facti) oportet.[e] Sed vt si is qui rem vendidit, eam iuxta emptionis contractum procacia quadam tradere nolit, quanti interest compleri emptionem, tãtum in condemnationis taxationem deducendum est: [f] sic verius esse sentio in obligatione dandi satis esse æstimationem solui, & pecuniam succedere, etiam si sit probabilis aliqua creditoris affectio, vt in specie certa, [g] cum illa minime consideretur, [h] résque omnes pecunia pensentur, [i] non quòd iustum pretium rei debitorem liberet. Nã habebitur etiam ratio contumaciæ istius tam proterui debitoris.

c Instit. de oblig. in princ.

d cap. xxv. de cõt. emp.

e cap. xj. de act. empt.

f cap. iiij. C. de act. emp.

g cap. xxij. Si cer. pet. cap. vlt. de tritic. ca. vj. §. Dabitur. de cõfess. ca. xxj. de obli. & act. cap. lix. supra eo. cap. xxj. de euict. ca. xxj. §. vlt. de hære. vel act. vend.

h cap. lxiiij. ad leg. falc.

i cap. xlij. de fideius.

Ad cap. lxxvii.

In verb. committetur pœna.

NOn quòd diei lapsu mora committatur semper enim interpellationem requirit, [a] ita vt cum quis ideo vel interitum vel vsuras

a cap. 32. de vsu.

prȩstat,quia aut seruum occidit,aut pecuniam inuasit, ab eo distinguatur qui interpellatus non dedit, vel aliquid fecit: dicántque hoc casu Iureconsulti omnimodo etiam mora non interueniente teneri promissoré.[b] Sed ideo hîc pœna sine interpellatione committitur, quia certus obligationi ex lege conuentionis datus est modus,quem obseruare oportet.[c]

b cap.xxiij. supra eo.ca. j.de vsur.

c cap.xij.C. de contr. & comm.stip.

Ad cap. lxxxiiii.

CVm nulla sit diuersitatis ratio quæ efficiat vt in dandi potius quàm faciendi obligatione mora interpellatione cõmittatur, equidem & in hac quoque specie interpellationem requiri,vt promissor in mora constituatur,sentio.[a] Nec enim quod dicitur de tẽporis lapsu, interpellationis necessitatem tollit.

a ca. xxxij. de vsu.cap. v.§.Stipulatio. de col lat.bonor.

Ad *ver. Quandiu litem contestatus non sim.*

Dixi in huiusmodi obligatione factum omnino versari,ideóque ipsum peti:sed ita quidem,vt ea clausula adiiciatur, si non fuerit factum,condemneris quanti mea interȩst. Quo iure nunc vtimur.

Ad *verb. ædifices.*

Cum hoc loco coniungendum est cap. cxxxvij,

cxxxvij.§.item qui insulam. inf. eo. Cæterùm hinc colligitur moram purgari vsque ad litis cõtestationem. Quod intelligitur nisi diem & pœnam stipulatio cõtineat, vel ius actoris iam diminutum sit,[b] aut eius quoquo modo intersit. Quod eam in faciendi obligatione habet interpretationem, si intersit supra totius facti æstimationem. Alioqui frustra diceremus in ea reo moræ purgationem permitti.[c] Præterea si desierit res esse integra, moram purgare non licet.[d] Sed & cùm factum ipsum amplius præstari non potest.[e] Denique in omnibus factis negatiuè conceptis, quæ tractum temporis nõ habent, mora non purgatur: quòd si tractũ habeant, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.[f] Postremò si quis huic iuris beneficio renunciauerit, non est eo iuuandus.[g]

b cap.vj.de opt.legat. cap.fi. C.de repu.hered.
c cap.xxij. de recept. arbit.
d ca.xxxv. de condict. indeb. cap.xiiij. de publ.
e cap.viij. de oper. libert.
f ca.xxiiij. §. colonus. locat.
g ca.xxvj. C.de fideiuss.

Ad cap. lxxxviii.

MOra rei fideiussori nocet: vt si per reum steterit quo minus res detur, eáq; interierit, teneatur fideiussor. Hinc verò ipsius obligationem non augeri constat. Nam si res extaret, eius dandæ necessitate vt reus teneretur. Ergo saltem illius periculum pręstabit. Quòd si in omnẽ causam sese obligauerit, ad omnes omnino accessiones tenebitur.[a]

a cap.liiij. locat.

Ad cap. xciiii.

OBſeruandum eſt diligenter quod in hac ſtipulatione facti quæſtionem, non iuris, verſari dicit. Nam ſi ex coniecturis appareat quid actum ſit, etiãſi nulla certa quantitas huic ſtipulationi adiecta ſit, ipſa tamen valet. Eandẽ rationem in non diuerſis ſpeciebus ſequuti ſunt iureconſulti,[a] illámque obſeruandam arbitror vel cum de diei adiectione agitur. Papinianus enim vtranque comparat: vt verius ſit in dubio vtranque eſſe imperfectam.[b]

a cap.xxx. de leg.ij. cap.xij.de leg.iij. cap. vij.de trit. vi.vel oleo leg.ca. lxix §.Gener.de iur.dot.

b cap. cxv. inf.eg.

Ad cap. cxv.

DIximus imperfectã eſſe ſtipulationẽ, quæ cum de certo genere, & certa quantitate concipienda eſſet, in ea tamen ponderis menſuræ aut numeri facta non ſit per errorẽ mentio. Idem tradit Papinia. ſi dies per errorẽ omiſſa ſit. Cuius rei hãc eſſe rationẽ arbitror, quòd nihil actum dici poſsit, cum id quod agebant contrahentes vt ſtipulationem aſtringerent, actum non ſit. In ſtipulationibus autem id ſequimur quod actum eſt.[a] Et obſeruandum in hac ſpecie non eſſe exiſtimo, an contrahentes prius de die exprimenda egerint, an verò deficiat oratio. id enim neceſſe non eſt, ſed contrahentes ea mente ad ſtipulationẽ deueniſſe ſufficit,

a cap. xxxiiij.de regul.iur.

ficit, vt diem certam exprimerẽt. Prçterea probationis defectus stipulationem non vitiat, cũ ea iam subsistat, nec obligationis naturam respiciat probatio, verùm sit extraneum aliquid rei veritatem non immutans. [b] Itaque ea mẽs contrahentium fuerat, vt certa dies diceretur, non vt certa die se sisteret promissor, vt in specie xciiij. agebatur, non de certa mensura præstanda, sed de ea adiicienda, quæ tamen per errorem omissa est. Vulgare enim est, in contrahendo quod agitur, pro cauto habẽdum esse. [c] Videndum est igitur quid actum sit. Nam si prçter opinionem omiserint diem contrahentes, atque in concipienda stipulatione errauerint, ea imperfecta est. Sin verò vel sciẽtes prudentes diem omiserint, vel de ipsa adiicienda nihil cogitauerint, aliísve coniecturis de eorũ voluntate appareat, non est nulla hæc stipulatio. [d]

b cap. xiiij. C. de proba.

c cap. iij. si cert. petat.

d cap. xv. de damn. infect. cap. viij. Qui sa tisda. cog.

Ad vers. Quocunque die sisteres.

Non quocũque die promissori placuerit, sed quocunque promissorem sistere oportuerit.

Ad §. sed si ita stipulatus fuero.

Equidem Papinianum sensisse arbitror, pœnalem stipulationem quæ à faciendi conditione negatiuè concepta incipit, non prius com-

mitti, quàm ſi conſtiterit eam adimpleri non poſſe. Idem in dādi obligatione Pegaſum ſenſiſſe refert: Sabinum autē exiſtimaſſe, poſtquā res dari potuiſſet, confeſtim agēdum: idque ex ſententia contrahentium, quorum veriſimile eſt eam mentem fuiſſe. Id autem defendebat Sabinus exemplo penus legatæ. Hæredem etenim ſi dare potuiſſet penum, nec dediſſet, confeſtim in pecuniam legatā teneri ſcripſit. Idq; vtilitatis cauſa receptum eſt ob defuncti voluntatem, & ipſius rei naturam. Tum neque omnino approbans, neque refellens Sabini ſententiam, ſubiicit eam poſſe recipi ſi pœnalis ſtipulatio non à conditione, ſed ab ipſa cōuentione cœperit. Quod ipſe ſine dubio verum eſſe ait, cùm id actum probatur. Itaq; ſi ea contrahentium ſententia non fuerit, recipi Sabini ſententia non poteſt. Quod verius eſt, cùm ipſe Papinianus ex ſua ſententia prius ſcripſerit pœnalē ſtipulationem ita conceptam vt ab initio ageretur, vt quocunque die promiſſor ſiſteret, & ſi non ſtetiſſet, pecuniam daret: quaſi quamlibet ſtipulationem ſub conditione conceptam vires habere, nec antè committi, quàm fuerit declaratum ſiſti non poſſe. Itaque ex his quæ Papinianus in hac quæſtione ſcripſit, conſtare illud opinor, vt ex quacunque pœnali ſtipulatione

tione sub negatiua cõditione concepta, siue ea dandi, siue faciendi sit, siue ab ea, siue à conuentione stipulatio incipiat, non prius ex ipsa agi posſit, quàm si desierit posse adimpleri conditio, nisi aliud inter contrahentes actum esse appareat. Quod & in aliis negotiis, vt legatis, locum habet, siquid aliud fauore quodã, vel vtilitatis causa receptum non sit ob defuncti voluntatem, & ipsius rei naturam.[e] Et certè huiusmodi quæstiones facti sunt, non iuris, vt suprà diximus. At in dubio id sequẽdũ est quod verisimilius est sensisse contrahentes. Illud autem esse constat quod ex Papiniano retuli.

e cap. j. §. Item si ita. ad leg. Fal. cap. j. de pecu. leg. cap. xx. de statu liber. cap. xxiiij. Quãdies legat. &c.

Ad vers. Idque vtilitatis.

In quibusdã manuscriptis codicibus legitur, Id autẽ. quæ lectio ad Papiniani sententiã propius accedere videtur. verũ quicquid sit, hæc verba, ídque, sic intelligẽda esse sentio, vt apud Cice. lib. j. Officio. cùm ait: Nõ nobis solũ nati sumus, ortúsq; nostri partẽ patria sibi vindicat.

Ad vers. Sed si ita cautum sit.

Quãuis Papinianus hîc de nouatione nõ agat, nõ tamẽ ab eius quæstione alienũ est de ea disputare. Cõtrouersum est igitur, an pœnalis stipulatio principalem obligationẽ nouet? Et quidem si pœna tantùm adiiciatur, ne stipula-

f cap.fi.de præ.stipu. g cap.ij.de nou. h ca.lxxj. Pro soc.cap. xxviij.de act.empt. cap.iiij.§. Labeo.de dol. except. cap.x. §. Si pacto,de pact.cap. clxxij.§. Flauius. inf.eod. i vt hîc. K c.j. de de penu leg.cap.j. §.si ita. ad leg. Falcid. & al.

tor quanti sua intereſt probare cogatur,[f] conſtat nullam fieri nouationem. Quòd ſi actum ſit vt priori nouata obligatione, ſola pœnalis vires habeat,neminem dubitare exiſtimo tum nouationem fieri: vt in cæteris obligationibus obſeruatur.[g] Eſt autem regulare,pœnalem ſtipulationem, priorem obligationem non nouare: cùm ſi principalis nouaretur, ſola pœna peti poſſet. Licere autem creditori aut rem aut pœnam petere verius eſt.[h]. niſi vel aliter cautum ſit,[i] vel alia ſit defuncti ſententia, reíve natura nón ferat,[K] vt in pœnali faciendi obligatione. Quanuis enim duæ videãtur eſſe ſtipulationes: magis eſt tamen, cùm ex huiuſmodi obligatione,ſi fieri nõ poſsit,ad id quod intereſt agatur (cuius loco pœna promiſſa eſt) vt commiſſa ſtipulatione,ſola petatur pœna,& quædã quaſi nouatio fiat. Nec enim nouatio eſt propriè,cùm vſque ad litem conteſtatam faciendo liberetur promiſſor.[l] Quod certè non contingeret,ſi vera fieret nouatio.

l cap.xliiij. in fin.de oblig.& act. cap. lxxxiiij. sup.

Ad cap. cxx.

EA mihi videtur Papiniani ſententia, ſtipulatio iſta: Hanc ſummam centum aureorũ dare ſpondes? pura eſt & ſimplex,nec quicquã conditionis habet, vt ſiue centum aureorum, ſiue

ſiue maior, ſiue minor ſumma ſit, debeantur centum aurei, aut ſi quid minus ea continet: ídque ex eo probat, quòd etſi maximè ita exaudiatur ille ſermo, Si modò centum aureorum ſit: non tamen hæc adiectio cõditionem faciat: cùm ſtatim vera ſit, aut falſa. Nam ſi ne vnum quidem aureũ ſumma cõtineat, falſa eſt: ideóque ab initio inutilis eſt ſtipulatio: quod in omnibus præteritis aut præſentibus conditionibus generaliter Modeſt. ſcribit.[m] Et certè quãuis tota centum aureorum ſumma non inueniatur, nõ ideo tamen inutilis eſt ſtipulatio, ſed in minori valet: nam in maiori ſumma minor ineſt. Sed ob id certa ſumma promittitur, ne eã excedere liceat, nõ quòd nõ ſit cõceſſum minorem accipere. Hęc enim ſummæ tanquã vnius corporis & ſpeciei declaratio additur, vt ſi mõſtrata ſumma plus haberet, nõ vltra tamẽ promiſſor teneretur: quemadmodũ præclarè reſpondit Africanus.[n] Qui quinque in arca (inquit) habebat, ita legauit, vel ſtipulanti promiſit: Decem quæ in arca habeo. Et legatum & ſtipulatio valebit: ita tamen, vt ſola quinq; vel ex ſtipulatione vel ex teſtamẽto debeantur. Vt verò quinq; quæ deerunt, ex teſtamento peti poſsint, vix ratio patitur. Nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non ſit,

m cap. Ci ſupr. eod.

n. cap. ci. §. Qui quinque. de leg. j.

legatum videtur.

Ad cap.cxxii. in princ.

VSuræ aliquando in futurum accipiuntur, ſolutione ſortis in locum collata. Cùm autem is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quàm in quo promiſit, ſoluere inuito creditore poſsit:[a] ſiue verbis, ſiue re ipſa ſortẽ alio loco detractis vſuris offerat, nihil agit, poterítque ab eo pecunia nihilominus eo loco exigi, in quem promiſſa eſt. Itaq; de duobus conſultum fuiſſe Scæuolam conſtat: primùm, an ſors ſuo loco peti poſsit, quod ipſe reſpõdit. Deinde an debitori ex ſorte vſuras detrahere, eáſq; retinere liceret. Quam quæſtionẽ ita decidit, vt conſtet vſuras fuiſſe à debitore in futurum datas, quas trium menſium lapſus, quo in longinquam prouinciam perueniretur, procreare poſſet. Verùm ſi poſt menſes tres in prouincia integram ſummam non ſoluerit: nihilominus ei rectè quocunque loco condicetur. Id enim actioni arbitrariȩ cõuenit:[b] vel quia per ipſum ſteterit quo minus eo loco daret, vel quoniam per alium dare potuit, vel quia vbique poteſt ſoluere, habita ſcilicet ratione vtilitatis ipſius actoris, quam hæc actio continet.[c]

a cap.ix.de eo quod cer.lo.

b cap. xliij. de iud. Tit. de eo quod certo loco.

c cap. cxxxvij. §. cùm ita ſtipulatus. inf. eo.cap. ij.de eo quod cer.lo.

Ad §.

Ad §. Callimachus.

Si nauticæ pecuniæ naturã cognouerimus, facilè hoc responsum intelligemus. Est autem nautica pecunia, quæ trans mare vehitur[d] creditoris periculo: cùm scilicet creditor recipit se facturũ vt salua nauis intra præstitutos dies ad locum de quo conuenerant contrahentes perueniat.[e] Et certè creditor cùm se graui periculo subiiceret, maximã stipulabatur vsurã, quæ & nautica, & cẽtesima appellatur. Ea verò duplex est, quædam in alteram tantùm nauigationem statuitur, quædam & pro commeatus & remeatus periculo penditur. Illa dicitur à Græcis ἑτερόπλουν, hæc ἀμφοτερόπλουν fœnus. Quæ hîc à Scæuola refertur species, posterioris est generis. Sed creditorem solitum fuisse seruum mittere, qui pecuniam sequeretur, ex Papiniani responso constat.[f] Nam cùm hæc non deberetur vsura, nisi discrimẽ naui ĩmineret, vltra commune fœnus certam pecuniam pro operis serui, traiectitiæ pecuniæ causa sequuti, creditor stipulabatur: vt etiam Stichũ seruum Seij fecisse narrat iureconsultus.

d cap. j. de naut. fœno.

e cap. vj. eo. tit.

f cap. iiij. eo. tit.

Ad §. Augerius.

Conditio quæ huic stipulationi inesse dicitur, tacita est. Cùm enim Augerius filiusfamiliàs, qui patrẽ in cuius erat potestate, à P. Męuij

ſeruo prouocari videbat, in ſuam perſonã, patris debitum transfert, quadam quaſi nouatione facta: & ipſi ſeruo ſtipulanti ſpondet, ſe daturum quicquid patrem ſuum P. Mæuio debere conſtitiſſet: tacitè hanc conditionem adiicit, vt ex ſolo peculio, cuius tum ratione ſpondebat, vel ſi hæres extiterit, teneatur. Nam hæc obligatio patris perſonam nõ liberat: quia eadem patris & filij cenſetur perſona: nec illius obligatio per filium nouari poteſt, niſi ipſius voluntate: g ſed ita tamen, vt nihilominus pater ſaltem ex filij promiſsione remaneat obligatus. Defuncto patre antequam conſtitiſſet quid quantúmq; deberet, id eſt (vt ipſe interpretor) antequã is declaraſſet quid Męuio deberet, & ſuam debiti quod Augerius promiſerat, ſoluẽdi voluntatẽ expreſsiſſet: (nec enim in eo cõditio eſt, an, & quando, & cum quo cõſtiterit de illo debito, ſed ea tacita, an peculiũ vnde ſoluere poſsit, habeat, aut hęres patri extiterit, paternum enim eſt debitum.) quęſitum eſt, an ſi aduerſus hæredem eius actum fuiſſet, aliúmve ſucceſſorem, & de debito conſtitiſſet, Augerius teneatur? Et reſpõdit Scæuola: ſi ita ſit, quòd tacita conditio non extiterit, ſtipulationem non eſſe commiſſam. Nam ipſe de ea dubitabat: quia pater alios hæredes inſtituerat.

g cap. xx. de nouat.

rat. Nec enim ſatis eſt relictos à patre hæredes fuiſſe, quibuscum debitũ certum fiat, ſed oportet vt pater prius quàm decederet, declarauerit ſuam debiti à filio ſoluẽdi voluntatẽ, eíque peculium reliquerit vnde ſoluat. Non fuit igitur pro patre fideiuſſor filiusfamiliàs, ſed ſimpliciter promiſit quod pater deberet, & quodammodo paternum debitum nouauit. Itaq; conſtat hoc Scæuolæ reſponſum ad eam quæſtionem non multum pertinere, an cõditio ad hæredes tranſeat: ſed nos tamen eam tractare volumus: cùm hîc etiã ab aliis explicetur. Scholaſtici D.d. duo genera conditionum faciunt. quaſdam enim poteſtatiuas appellant, ego arbitrarias conditiones: quaſdã caſuales, ego fortuitas. Verùm aliàs probaui hanc diſtinctionẽ, vt ab interpretibus explicatur, commentitiam eſſe. Nam cùm omnis conditio in futurum cõcipienda ſit, & obligationis vim ſuſpẽdat, nulla eſt quæ non ex caſu pendere dicatur. Equidem arbitrariam eſſe conditionẽ arbitror, quæ in ſtipulantis ſeu promittentis arbitrium confertur, adeò vt extare nequeat, niſi ſuã ipſe voluntatem declarauerit: quemadmodum in ea ſpecie quã cap. xlviij. huius tituli tractauimus, ſi ex ſubiecta materia conſtitiſſet adiectionem hanc (cum petiero) conditionis eſſe, nõ admo

nitionis cuiusdam, fuisset illa arbitraria conditio. Non est certè illa (si in capitoliũ non ascendero) arbitraria, sed magis fortuita. Quare omnes conditiones quæ in aliquem casum ita differuntur, vt ipso (vt ita dicam) iure, id est, sine vlla voluntatis declaratione, statim atq; extiterint, stipulatio committatur, ad hæredes transmitti: [h] alias verò in volũtate & arbitrio ipsius contrahentis positas, non trãsire, quia aut nulla est stipulatio, vt ea quæ ex promittentis voluntate statum & cõditionem capit, [i] aut æquè impleri ab hærede, vt ab ipso contrahente non potest, arbitror. Sed etiamsi fortuitæ ad hæredes transeant, nõ tamen extraneos respiciunt: quemadmodum diximus in cap. lvij. huius tit.

h Instit. titu. de ver. oblig. §. sub conditione.

i cap. cviij. sup. eod.

Ad §. *duo fratres.*

Mihi videtur Scæuolæ responsum eò pertinere, vt ipse responderit, æquè cum hæredibus pœnam, atq; cum ipsis contrahẽtibus cõmitti posse: adeò vt si duo fratres hæreditatem inter se diuiserint, & sibi cauerint, nihil se cõtra eam diuisionem facturos: & si contrà quis fecisset, pœnã alter alteri promiserit: post mortẽ alterius, qui superuixit, petierit ab hæredibus eius hæreditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi à patre relicti debitam: & aduersus eum pronunciatum sit, quasi de hoc quoque transãctũ

fuisset:

fuiſſet: pœna committatur. Intellexit enim Scæuola, ex ipſa tranſactione fratres de tota hę reditate, ex quacunque cauſa competere poſſet, tranſegiſſe. vnde iudex non malè pronuntiauerat, quia etiam de fideicommiſſo tranſactum fuerat. Ideo autem pœna committitur, etiam ſi confirmata ſit tranſactio, quia contra diuiſionem factum eſt aliquid. Huiuſmodi autem factum, quod præter id quod fit, nihil deſiderat, nudum & ſimplex eſt adeò, vt ſolus conatus in pœnam incidat.

Ad cap. cxxiii.

In ver. ab initio non valet.

ID eſt, ipſo iure, ſic vt ne eius quidem conceptio vim aliquam habeat, atque ideo nunquam valeat, nec ex ea dari actio poſsit.

Ad cap. cxxxiii.

In verſ. At ſi ſic volumus.

ANtonius Auguſtinus de iuriſprudentia bene meritus, lib. primo Emendationum, ex Pandectis Florentinis hunc locum ita reſtituit: At ſi ſic volumus factam eſſe ſtipulanem, neque per te, neque per hæredem tuum fieri, vt ad vnam vim primam teneat: ſi vim fecerit, amplius ex hæredis facto committi nō poterit. Ergo ſi actum ſit quaſi ex ipſius vito-

EORVM QVAE IN HOC libello tractantur, epitome.

14. *Quæstores publicarum quæstionũ me rum habebant imperium.*

15. *Merũ imperiũ non est causarũ criminalium cognitio neque coercitio. & explicatur l i. de offic.eius cui &c.*

16. *Merũ imperium non est sententiarum exequutio.*

17. *Quid sit mixtũ imperium, & quomodo iurisdictioni inesse dicatur. et 20.*

18. *Quomodo tutoris datio ad ius dicentis officium pertinere dicatur.*

19. *Mixtũ imperiũ nõ est modica coercitio*

21. *Dissolutio antinomiæ l.*Ea *quæ.ad* Mu*nicip.& l.*Dies*.de dam.infect.*

22. Explicatio *l. imperium.de iurisdic.*

23. I*udicis dandi licentia est imperij & iurisdictionis, sed magis imperij.*

24. Explicatio *l.*E*a quæ.de iurisdict.*

25. De *commentitia nobilis & mercenarij officij distinctione.*

26. Non *omnis iurisdictio mandata transfertur, nec ideo mixtum imperium.*

De

De iurisdictione & imperio.



Vm fusi per agros & dispersi vagarentur homines, nulláque adhuc mala libidine, sine probro & scelere agerent: postea exui æqualitas incepit, atque manu & viribus per cædem & vulnera alienas possessiones inuaserunt, qui feris moribus imbuti, naturalem honestatem ac modestiam contempserũt. Cui malo viri consilio & virtute præstãti prospicientes, dissipatos vnum in locum congregarunt: eósque ex feritate illa ad iustitiam atque mansuetudinem transtulerunt: tum ciuitates inuento diuino & humano iure mœnibus sepserunt. Atque inter hanc vitam perpolitam humanitate, & illam immanem nihil interest, quàm (vt præclarè a M. Tullio Cicerone scriptum est) vis & ius: quod ex Romanæ ciuitatis fundatione (cuius cõditorem primúmque Regem Romulum fuisse nemo ignorat) intelligimus. Vrbe enim condita, & hominum minimè ciuilium qui in Asylum confluxerant, multitudine aucta, vt eos in societate contineret, ipse leges tulit, iura consti-

1. — *Pro Roscio.*

tuit, eáque postulantibus reddidit, assumptis sibi in consilium centum viris, quos ab ætate senatores, ab honore patres appellauit. Et certè non apud Medos solùm, vt ait Herodotus, sed etiam apud maiores nostros (inquit Cicero) iustitiæ fruendæ causa videntur olim bene morati reges cõstituti. Atque Pomponius, Dionysius, cæteríque diligentes historici, & de memoria Roma. antiquitatum optimè meriti testantur omnia fuisse manu & potestate regum, à quibus ciues suum ius obtinebant, gubernata, quanuis etiam magistratus crearentur. Primum autem Seruium Tullium regem sextum fuisse, qui priuata iudicia, quibus antea soli reges præfuerant, certis iudicibus delegaret, vt secundum leges à se latas ius dicerent, memoriæ mandatum est. Verùm Tarquinius superbus qui ei succesit, sine patrum consilio capitales causas exercere, & reliquas Reipu. partes procurare cœpit. Exactis tandem regibus, instituti sunt à Populo. Rom. magistratus, qui ius suum cuique redderent. Neque verò abrogata sunt omnino constituta à Regibus iura, sed sic exoleuerũt, vt more iam potius quàm regio nomine valerent. Scio tamen leges quæ ad mores regios firmandúmque regnum pertinebant, sublatas fuisse: Po-

Lib. 2. offi.

puli

puli verò Romani magiſtratuum qui iuri dicundo præfuerunt,magnam fuiſſe poteſtatem accepi. Cum enim conſtitutis legibus oportuit conſilio & multarum rerum cognitione præſtãtes viros eſſe, per quos illæ effectus ſuos conſequerentur, creati ſunt magiſtratus: qui ideo legum miniſtri & interpretes appellantur,& ab honore prætores, quòd iure & exercitu præirent,inquit Varro. Illi edicta proponebant,quæ Dionyſius iuſſa ac vetita magiſtratuum vocat:decernebant, iudicabant, iudices dabant,non obedientes ciues coercebãt: vt lex illa Ciceronis quæ eſt in tertio eius libro,oſtendit. Quanuis enim eam.xij.tabularũ eſſe affirmare non auſim, ipſe tamen Romanæ ciuitatis mores ſequutus, & nihil aut certè parum innouans, ſic ſtatuit: Magiſtratus nec obediẽtem & noxium ciuem,multa, vinculis, verberibúſque coerceto. Iuris diſceptator, qui priuata iudicet,iudicarív e iubeat,Prætor æſto. huiuſmodi eſt igitur Magiſtrat9 offciũ, quod totum in iure dicundo verſatur, ipſúmque ſine imperio & poteſtate eſſe non poteſt:vt non ineleganter imperium & poteſtatem pro magiſtratu Cicero ſcripſerit:& Modeſtinus lib. iiij. reſpõſorum fideiuſſorẽ impetraſſe à poteſtate,magiſtratum intelligẽs,dixerit. Sic enim

Cice.pro Cluentio.

lib.iij.de legib.

Cap. xxvj. de pign.

immixta eſt iuriſdictioni hæc poteſtas, vt re
ctè vna diuelli ſeparaRíque ab altera nequeat.
3 Videndum eſt autem ne iuriſdictionis appel-
lationem adeò extendamus,vt vnam eius ſpe-
ciem imperium faciamus. Quanuis enim illa
diſtinguere facile non ſit, & quod imperij ma
gis eſt quàm iuriſdictionis,etiam in iure dicũ-
do poſitum videatur: affirmare tamen nõ au-
ſim noſtros iuriſconſultos iuriſdictionem ge-
neraliter acceptam ſic in imperium & iuriſdi-
ctionem diſtribuiſſe, vt adoptionis duo gene-
ra arrogationem & adoptionem ſpecialiter
ſumptam fecerunt. Nam vt de imperio quod
merum appellant, prius dicam, nullus eſt qui
ipſum à iuriſdictione ſeparatum & diſtinctum
omnino eſſe nõ dixerit,ita vt ſub vna eius ſpe-
4 cie contineri nequeat. Quanuis Papinianus
Cap.j. de offic. eius cui. &c. lib. j. quæſtionum aliud ſenſiſſe videatur. Is e-
nim ſcribit verius eſſe more maiorum iuriſdi-
ctionem quidem transferri,ſed merum impe-
rium quod lege datur, non poſſe tranſire. E-
quidem in ea Papinianum non fuiſſe ſententia
ſemper exiſtimaui, vt apud eũ dubitaretur an
mandata iuriſdictione à proconſule legato,
merum in legatum tranſiret imperium, tan-
quam iuriſdictio hoc ipſum imperium com-
plecteretur: ſed cum ipſe definiiſſet transferri
ea non

ea non poſſe quæ lege ſpecialiter data ſunt, ea verò mandari quæ iure magiſtatus competunt: eum ſubieciſſe competentẽ more maiorum vel iure magiſtratus (iis enim indifferenter vtuntur iurecõſulti) iuriſdictionem mandari poſſe, nõ autem merum imperium quod lege datur, ex totius capitis curſu collegi. Cũ enim publici iudicij exercitationem (quam eſſe iuriſdictionis ex Papiniani aliorúmque iureconſultorum ſententia oſtendam) mandari non poſſe dixiſſet, eum verò qui mandadatam ſuſcepit iuriſdictionem, eius qui mandauit iuriſdictione vti: ne contraria videretur ſcripſiſſe, tanquam ſuperiorum exceptionem vel potius interpretationem adiiciens ſubiungit, Eam iuriſdictionem quæ more maiorum competit (cuius generis non eſt publici iudicij exercitatio) mandari poſſe. Quam quæſtionẽ poſtea tractabimus. Porrò mixtum imperiũ nec iuriſdictionis ſpeciẽ eſſe, non vno in loco oſtẽdit Vlpia. Nam lib. ſingulari de offi. quæſtoris ipſum definit, imperiũ, cui iuriſdictio ineſt. quib' verbis imperij & iuriſdictionis affinitatẽ oſtẽdit: diſertè autẽ ſignificat huius illud ſpeciẽ nõ eſſe: vt etiã lib. j. ad edictum Omnib', inquit, magiſtratib', nõ tamẽ duũuiris ſecũdũ ius ſuæ poteſtatis cõceſsũ eſt iuriſdi- *Cap. iij. de iuriſ.* *Cap. j. Si quis ius dicent. &c.*

ctonē ſuā defendere pœnali iudicio. Cur enim in definiēdo mixto imperio iuriſdictionē pro genere non vſurpaſſet? cur magiſtratum ex vi & magnitudine ſui imperij ſuam tueri iuriſdictionem dixiſſet? Quare verius eſt iuriſdictionem imperij genus non eſſe, licet ſub titulo de iuriſdictione, etiam de imperio diſputetur. Non enim nouum eſt vt cum rerum affinitas poſtulat, plura in quæſtionis ſuſceptæ progreſſu tractentur, quàm titulus ipſe promittat. Sed nec curioſè omnia in pandectarum diſpoſitione exigenda ſunt, cum ipſi compilatores falli aliquando potuerint.

5. *Quid ſit iuriſdictio.*

Cap. de iur. NVnc videamus quid ſit iuriſdictio. Equidem rectè illam definiri exiſtimo iuris dicundi licentiam. Sic enim eam Vlpianus appellat, ſi vetuſtiſsimis quibuſdam exemplaribus credamus. Sed cum non minus obſcurū ſit quid ius dicere veteres dixerint, rem altius repetere oportet. Hūc fuiſſe Romanæ ciuitatis morem in prouinciis etiam vſurpatum, vt magiſtratus qui iuri dicūdo præerat, adiretur, ex Cicerone & iurecōſultis didici: cuius erat munus, vt audita cauſa vel ipſe iudicaret, vel iudices daret, quāuis ſæpius priuata negotia non diri-

dirimeret. Et ipſe quidẽ Cice. in Verrẽ vtrũq; eleganter his verbis complexus eſt. Quid ego iſtius in iure dicundo libidinem demonſtrẽ? quis veſtrûm non ex vrbana iuriſdictione cognouit? Quis vnquam iſto prætore, Chelidone inuita, lege agere potuit? Iudices citari iubet. Iubet citari Heracliũ, & eos qui dicã ſcripſerant. Citatur reus Sopatrus. Sthenium citari iubet. Atque vt aliquãdo de rebus ab iſto cognitis iudicatis & de iudicibus datis deſiſtamus dicere. Ex quibus conſtat prætorum officium in diiudicãdis cauſis & dandis iudicibus fuiſſe: quod etiam notat Aſcon. Pædianus. Itaque nonnunquam ius dicere, & iudicare cognoſceréve indifferenter vſurpari legimus. Calliſtratus cum dixiſſet, obſeruandũ eſſe ius reddenti, vt in adeundo quidem ſe facilẽ præbeat: poſtea ſubiicit: Sed & in cogno ſcendo neque excandeſcere &c. Atque apud Suetonium ſæpe nunc imperatorem ius dixiſſe, nunc cognouiſſe vel iudicaſſe ſcriptum notauimus. Qua de re poſtea dicemus. prius enim vt illis ſatisfaciamus oportet, qui magiſtratum quidem cognouiſſe fatentur, verùm eam cognitionem extraordinariam eſſe, nec propria iuriſdictionis appellatione comprehendi exiſtimant. Nunquam enim potui ex

Cap. xix. de offi. præſid.

6.

iureconſultorum ſcriptis eam diſtinctionem colligere, imò ſemper obſeruaui eos eadem iuriſdictionis ſignificatione etiam in illa extraordinaria cognitione vſos fuiſſe: quod etiam Cicero oſtendit, cum factum eſſe S. C. Verres & P. Celius Prætores cognoſcerent & iudicarent, de quibus ſartis tectis cognitum & iudicatum non eſſet. Vlpianus. Cùm pleniſ- *Cap. vij. de offic. procō.* ſimam (inquit) iuriſdictionem procōſul habeat, omnium partes qui Romæ vel quaſi magiſtratus vel extra ordinem ius dicunt, ad ipſum pertinent. quod ſi non iiſdem verbis, non diuerſa tamen ſententia Hermogenianus de officio præſidum ſcribit: De omnibus cauſis (ait) de quibus vel præfectus vrbi, *Cap. x. de offi. præſid.* vel præfectus prætorio, itémque conſules & prętores cęteríque Romæ cognoſcunt, correctorum & Præſidum prouinciarū eſt notio. Et ſub titulo de variis & extraordinariis cognitionibus, extra ordinem ius dici legimus. Sed & hæc noſtra ſententia clarius probatur ex eo quod Suetonius ſcribit Claudium iuriſdictionem de fideicommiſsis (quam in extraordinaria cognitione poſitam eſſe qui à nobis diſſentiunt fatētur) quotannis & tantum in vrbe delegari magiſtratibus ſolitam, in perpetuum, atque etiam per prouincias poteſtati-

testatibus demandasse. Huc pertinet quod & iureconsulti & imperatores Prætorem nũc de fideicommissis cognouisse, nunc ius dixisse scribant. Author Vlpiani epito. fideicommissa (inquit) non per formulas petuntur vt legata, sed cognitio est Romæ quidem consulum, aut Prætoris qui fideicommissarius vocatur: in prouinciis verò præsidum prouinciarũ. Imperator Antoninus. Si decreto Prætoris (ait) qui de fideicommisso ius dixit, &c. Sed dicent fortasse nonnulli imperatorum constitutiones ius dicere aliter quàm iurecõsultorum responsa vsurpasse, idque propter Diocletiani & Maxi. Constantini Theodos. & Valentin. rescripta. quorum minuenda est opinio. vt enim omittam M. Antonium Caracallam, qui solus Duobus & Aspris C. C. imperans constitutionem illam emisit, præcessisse Alexandrum Seuerũ (sub quo floruit Vlpia. noster) & reliquos illos imperatores, quorum meminimus, equidẽ sentio aliter ab imperatoribus quã à iurisconsultis acceptã non fuisse iurisdictionem. Atque vt primũ de formulis quas omnino sustulisse Cõstantinus videtur, dicam: neminẽ ignorare existimo formulas quasdã à Romanis vsurpatas fuisse verborũ quidẽ plenas, sed inanissimas prudẽtiæ,

Tit. de fideicõ.

Cap. ij. Qui potio. in pig. hab. C. 7

8 *Cap. j. de iuris form. &c.*

quibus vix quiſquam poterat ſine periculo agere, adeò vt ſi quis præſcriptam formulæ ſolennitatem nõ obſeruaſſet, cauſa caderet. quæ cùm aliud nihil fuerint, quàm verborum aucupia, quæ etiam à M. Tullio Cicerone irridentur: meritò Conſtantinus inanem illam verborum aucupationem ſuſtulit. Quod autẽ aiunt prohibuiſſe eum ne in iure, id eſt apud prætorem agẽdi genus cõciperetur, mihi nũquam placuit, nec etiam ex illius temporis hiſtoria conſtat ademptam fuiſſe prætoribus cõcipiendarum formularum poteſtatem. Theodoſ. verò & Valent. A. A. actionum impetrationes non ſuſtulerunt, quanuis titulus id videatur ſignificare. Melius eſt enim in Codice Theodoſiano de ſublata non impetratæ actionis exceptione. Cũ enim ante eorum reſcriptũ nullus ad agendum admitteretur, qui formulã à prætore non impetraſſet, ſæpe contingebat vt ſi iudicem quidem prætor dediſſet, formulam verò ex lege nõ præſcripſiſſet, is qui in ius vocauerat, iudiciúmque ſuſcipi volebat, ab aduerſario non impetratæ præſcriptæque actionis formulæ exceptione excluderetur. Sanxerunt igitur imperatores hanc non eſſe opponendã exceptionem, ſi huiuſmodi ſit actionis forma, qua quis intendere vult vt negotio propoſito,

propoſito, id eſt apud iudicem datum narrato competens ſit. Oportebat enim rem totã apud iudicem narrari : & cùm ipſe per narrationem negotij cauſam (vt Seuerus & Antoni. A. A. reſcripſerunt) audire cœpiſſet, lis dicebatur conteſtata. Neque verò aliter ipſam Theod. & Valen. cõſtitutionem enarrare poſſumus. Sed etiam ſi ſublatas illorum reſcriptis formulas actionúmque impetrationes fateamur, quid hoc ad iuriſdictionem ? Melius fortaſſe Diocle. & Max. conſtitutio eorum opinionem cõfirmare videbitur. Volũt enim illi, prçſides de his cauſis in quibus, quòd ipſi nõ poſſent cognoſcere, antehac pedaneos iudices dabãt, notionis ſuæ examẽ adhibere. Sed primùm mihi cum cæteris in huius reſcripti interpretatione nõ cõuenit. Quòd enim pedaneos iudices, datos à magiſtratu interpretantur, nõ probo. Nã titulorũ diſpoſitio quę huiuſmodi eſt, vt hunc de pedaneis iudicibus titulum ſequatur alius, Qui pro ſua iuriſdictione iudices dare, daríve poſſunt, refragatur. Præterea ſemper obſeruaui pedaneos iudices eos dici, quibus mandata vel delegata eſt iuriſdictio, vt apud Vlpianum: Si quis ad pedaneum iudicem vocatũ eximat, pœna huius edicti ceſſabit. Et apud Paulum, Iudices pedanei ſi pecunia corrupti dicantur,

Tit. de lit. conteſt. C.

9 *Cap. ij. de ped. iudi. C.*

Cap. iij. ne quis eum qui in ius. Ca. xxxviij de pœn.

plerunque à præſide aut curia ſubmouentur. Id Pauli interpres lib.5.ſententiarũ ad leg.Iuliam repetun.ita interpretatur, vt Pedanei iudices ſint, qui ex delegatione cauſas audiunt. Cæterùm veteres mandati & delegationis nominibus indifferenter vſos fuiſſe poſtea oſtendemus. Quare id mihi ſenſiſſe videtur Impp. vt de iis cauſis quæ à præſidibus propterea quòd grauioribus occupati eſſent negotiis,mãdari ſolebant,ipſi cognoſcant:ita tamen,vt vel propter occupationes publicas, vel propter cauſarum multitudinem iudices dare poſsint. Sed eam Iulianus conſtitutionem ita moderatur, vt etiam ſimilia negotia mandari, ad eorúmque diſceptationem pedanei iudices con-

Cap.vlt. de ped.iud. 10

ſtitui queãt.Quid autem innouauerint Impp. non intelligo.Nam & veteri iure cognoſcere, atque iudices dare poterant magiſtratus:quod Iuſtiniani etiam tempore obtinuit. Sic enim de iudicibus,apud quos cognitio in integrum reſtitutionis agenda ſit, reſcribit: Sancimus non ſolùm apud iudices pro tribunali huiuſmodi cauſæ cognitionem proponi, ſed etiam

Cap.vlt. vbi et apud quem.

apud eos iudices quos Auguſtalis dederit maieſtas, aut noſtræ Reipublicæ adminiſtratores,vel in hac Regia vrbe,vel in prouinciis,vt

videatur

videatur ipſe qui iudicem deſtinauerit, vtpote pro tribunali cognoſcens, in integrum dare reſtitutionem, & cauſas eius examinare, &c. Quamobrem conſtat etiam ius dixiſſe magiſtratus cùm iudicarent cognoſcerént ve. quod intelligens Cicero, ab aliorum iudicum cognitionibus iudicationibúſque eius poteſtatem diſtinguens, ſcribit dubium non eſſe quin omnes omnium pecuniæ poſitæ ſint, in eorum poteſtate qui iudicia dant, & eorum qui iudicant. 11

Sed & cauſarum criminalium diſceptationem iuriſdictionis fuiſſe conſtat. Nam in Theodoſij ac Iuſtiniani codicibus titulus de iuriſdictione generaliter ſcribitur, & vtrunque iudicij genus reſpicit. Sed nec audaciſsima litigatoris contumacia cohiberi ſine modica coercitione (quæ mandata iuriſdictione transfertur) poterit. Ideóque Aſconius Pædianus in commentatione quam in Marci Tullij Ciceronis contra Verrem orationem de prætura Sicilienſi, & primùm de iuriſdictione ſcripſit, diſertè in argumento oſtendit res capitales iuriſdictionis eſſe. Sic enim ait: Itaque poſt hoc duo criminum genera perſequitur ad extre-

mum:primum de Heraclio,de expreſsis hono ribus ab inuitis,de Epicrate Bideno,déque rebus capitalibus, vbi de Sopatro, de Sthenio, quę omnia ſunt de iure dicundo.Suetonius in Auguſto: Ipſe ius dixit aſsiduè, & in noctem nonnunquam: ſi parũ corpore valeret, lectica pro tribunali collocata, vel etiã domi cubans. Dixit autem ius non diligẽtia modò ſumma, ſed & lenitate. Siquidem manifeſti parricidij reum,ne culleo inſueretur, quòd non niſi con feſsi afficiebãtur hac pœna: ita fertur interrogaſſe,&c.Fateor iuriſdictionis ſpeciem quę in ciuilibus negotiis cauſiſque verſatur,cõmune iuriſdictionis nomen ſuum feciſſe:vnde Cicero iuris dicundi ſortem quæ Murænę obtigerat, cum peculatus quæſtione comparat: & is ipſe Pædianus in commentatione orationis de prætura vrbana, caput de iure dicundo, ab eo

Concluſio. quod eſt de ſuppliciis, diſtinxit. Quare ex iis quæ diximus,conſtat iuriſdictionem eſſe iuris dicundi licentiam:ius autem dicere magiſtratum,cum de re ſibi expoſita ſtatuit, iúſque poſtulãtibus reddit, ſiue iudicet ipſe, ſiue iudices det: ſiue ordinaria, ſiue extraordinaria ſit cognitio,ſiuę ciuilis,ſiue criminalis ſit cauſa.

Quid

Quid ſit imperium.

DIximus in initio ciuitatis Romanæ omnẽ reges poteſtatẽ ſibi tribuiſſe, aut certè ita populum gubernaſſe, vt ab eorũ nutu omnis Reipublicæ adminiſtratio pẽderet: illis autem exactis, magiſtratus ſibi creaſſe populum, quibus neceſſariã ad ius dicẽdum poteſtatẽ dederit, regium verò imperium ſibi reſeruarit. Vnde apparet duplex fuiſſe imperium: aliud iuri dicundo admixtum, aliud omnino à iuriſdictione ſeparatum. Eſt autem imperium, magi- 12
ſtratus poteſtas atque iuſſus cui omnino parendum eſt: atque ita ipſum à iureconſultis dici video. Scribit enim Celſus: Quod iuſsit vetuítve Prætor, contrario imperio tollere & remittere poteſt. Paulus. Is qui aduerſus edictum prætoris ædificauerit, tollere ædificium debet: alioqui inane & luſorium prætoris imperium fuerit. Idem: Magiſtratus ſuperiores, aut pari imperio qui ſunt, nullo modo poſſunt cogi. Martianus. Munus propriè eſt quòd neceſſariò ſubimus lege, more, imperióve eius qui iubendi habet poteſtatem. Vlpia. lib. iiij. fideicom. cùm diſputat per quem quis cogatur adire & reſtituere hereditatem, ſatis oſtendit imperj verbũ vim cogẽdi habere: ideóque

L. Quod iuſſit. de re iudic.

L. fin. Ne quid in lo. vel in itin. publ.

L. 4. de recep. ar.

L. Munus. de verb. ſig.

L. Ille à quo. §. Tempeſtiuum. ad S. Trebell.

a L.Cùm pretor.de iud.
b L.Liber homo.ad leg.Aquil.

ſæpius vim imperij,[a] ius imperandi,[b] & id genus pleraq; in iuris authorũ libris obſeruauimus. Eos verò magiſtratus intelligimus, qui maiores appellantur. Quanuis enim minores ea facere poſsint quę priuatis minimè concedũtur: ſunt tamen ſine imperio & poteſtate: vt

L.Nec.de iniur.

Vlpianus noſter ſcribit: Quòd ſi ex minoribus magiſtratibus erit, id eſt, qui ſine imperio, aut ſine poteſtate ſunt magiſtratus, &c. Merũ autẽ
13 eſt imperiũ, quod iuri dicũdo nõ eſt immixtũ, vt ex contrariorũ natura conſtat. Nam mixtũ illud eſt, quod iuriſdictioni cohæret. Idq; etiã probatur eorum argumento, quę de mera cõditione ſcribit Calliſtratus. Sed nos neq; con-

L. Cùm ſeruus.de condi.& dem.

dictionẽ meram putamus eſſe, quæ in datione exiſtat: neq; merã conditionẽ quæ in facto ſit: ſed eam conditionẽ, quæ ex quadam mixtura

a L.Bona fide.Dep.
b L.5.de verb.oblig.
c L. Qui res. §.Mihi Romæ.de ſolut.

conſiſtat. Ita merũ ius gentium Tryphonius,[a] merũ iudicis officiũ Pomponius,[b] & merum factũ Paulus,[c] dixerũt. Sed vt naturam huius imperij cognoſcamus, intelligẽdũ eſt eam ſemper poteſtatem ſibi reſeruaſſe populũ, quæ non ad ius dicendum, ſed conſeruandum popularẽ ſtatũ, cõtinendámq; publicam libertatẽ pertinebat: adeò vt ipſam magiſtrat[us] ſibi vindicare nunquam voluerit. Et L. quidẽ Valerius Publicola vt ſuſpicionem affectandi regni vita-

ret, inter cæteras hanc legem tulit, vt aduersus magistratus prouocatio esset ad populum: quę summa fuit potestas, eáque mera: cum ne consulibus quidem illud ipsum iure magistratus tributum fuerit imperium. Sed dictatori quidem speciali iure datum fuisse, ex Pomponio aliísque accepimus: adeò vt eiectis magistratu depositísque Decemuiris, qui tantum sibi arrogabant, quantum olim sibi Reges sumpserant, ea fuerit lex reuocata. Sed & M. Tullius Cicero in oratione pro Sextio, xij. Tab. lege sancitum esse scribit ne de capite ciuis Romani nisi centuriatis comitiis rogaretur: & in oratione pro C. Rabirio perduellionis reo, ait C. Gracchum legem tulisse ne de capite ciuium Romanorum iniussu quiritum iudicaretur. Itaque cum de animaduertendo in facinorosum ciuem agebatur, extra ordinē Quæstores Populus constituebat, quibus merum illud imperium dabat, vt iubere possent in noxium animaduerti, eúmque secundum legem puniri: quod Liuius Decad. iij. lib. sexto his verbis indicat: Lictor viro forti adde virgas, & in eum primùm lege age. Et quanuis ex Populi potestate eam exercerēt imperandi authoritatem, eos tamen merum non habuisse imperium dicendum non est. Post temporum

verò curricula Cornelius Sylla cum plures de parricidiis, de sicariis, de falsis leges tulisset, vt essent qui eas tuerentur, quatuor prætores qui de criminibus inquirerẽt, veteri numero adiecit: quibus hęc ipsa potestas specialiter data est: quæstionésque publicæ ac perpetuò constitutæ sunt, cum antea in singula crimina mandarentur. Et prætores quidem in vrbe designati publicorum iudiciorum exercitationem sortiebantur, ita vt quisque datam in ea quæstione quæ sibi obtigerat potestatem exerceret. Ex his constat quid merũ dicam imperium. Illud enim esse existimo potestatem quæ pura est, nullíque immixta iurisdictioni, vel quæ per se stat, nec iuri dicundo inseruit. Ipsa igitur non est causarum criminalium cognitio, nec maleficij coercitio. Nam & de crimine cognoscendo & facinorosum coercendo ius dicitur: quod iam ex Papiniano aliísque ostendimus. Publici enim iudicij exercitationem, & capitalis causæ cognitionẽ iurisdictionis appellatione disertè complectuntur. Sed videtur is ipse Papinianus significare aliud nihil esse merum imperium, quàm animaduersionem. sic enim scribit: Verius est enim more maiorum iurisdictionem transferri, sed merum imperium quod lege datur, non posse trãsire. Quare

Cic. in Bru. & Pōp. cap. 2. de orig. iur.

Cap. j. de offic. eius. & Sue. in Aug.

re nemo dicit animaduersionē legatum proconsulis habere mandata iurisdictione. Quæ verba si sic interpretemur, vt velit Papinianus mandata iurisdictione merum imperium non transferri, necesse est vt coniunctum cum iurisdictione, aut certè ab ea non omnino separatum illud dicamus. Cur enim dixisset nō transferri mandata iurisdictione merum imperium, nisi magistratus qui illam haberet, hoc quoque ipsum habere videretur? Non est igitur in ea sententia Papinianus, sed ipse ex superioribus concludens, quasi (vt ita loquar) aduersatiuè cum dixisset competentem more maiorum iurisdictionem mandari, sic colligit, Animaduersio igitur quæ specialiter lege, senatuconsulto, vel principum constitutione permittitur, mandata iurisdictione non transibit. Et sæpe quidem obseruaui iureconsultos cum de imperio loquuntur, non coercitionis aut animaduersionis verbo simpliciter vti, sed vel potestatis vel iussus verbū adiicere. Paulus lib. 5. sententiarum titu ad leg. Iuliam de vi publica & priuata, hac lege (inquit) excipiuntur qui artem ludicram faciunt, iudicati etiam, & confessi, qui ideo in carcerem duci iubentur, quod ius dicenti &c. Vlpianus: In ius vocare non oportet neque cōsulem, ne-

que præfectum, neque prætorem, neque proconsulem, neque cæteros magistratus qui imperium habent, & qui coercere aliquem possunt, & iubere in carcerem duci. vbi coniunctio &, non tam coniungere quàm interpretari videtur, vt pro id est accipiatur. Idem de mero imperio loquens, ipsum, potestatem gladio in facinorosum animaduertendi appellat: alio loco nunc potestatem gladij aut cuiusuis alterius coercitionis, nunc ius gladij, & in metallum damnandi potestatem dicit. Quibus verbis significat hoc ipsum imperiũ non coercitionem, non animaduersionem, non gladiũ esse, verùm potestatem ipsam & iussum, cuius vi potest grauiori coercitione in facinorosum animaduertere. Quanuis autem gladij potestate succinctus sit magistratus, ideóque noxium ciuem coerceri iubeat: non id tamen iurisdictionis explicandæ gratia, nec ius suum cuique vt reddat facit, verùm ex vi & magnitudine imperij specialiter sibi lege, senatuscõsulto, principum constitutione delati eam potestatem exercet. Huc pertinet quod Pomponius scribit: Et quia de capite ciuis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere &c. Ex eo enim constat ipsam rei capitalis cognitionem iurisdictionis fuisse: sed

L. 2. de in ius vocan.

L. 3. de iuris.

L. Solet. de offic. procõ.

L. Nemo. de regu. iur.

L. Illicitas. de off. præs.

L. 2 de origi. iur.

ſed quæ ideo conſulibus data non erat, quia ſummum ius non habebant. Ideóque Spartianus in Caracalla, Deinde in conſpectu eius (inquit) Papinianus ſecuri percuſſus eſt, & à militibus occiſus: quo facto percuſſori dixit, Gladio te exequi oportuit iuſſum meũ. & M. Tullius Cicero in Catili. dicit: Duci te ad mortem iuſſu conſulis Catilina oportebat. Cum enim in ſummis Reipu. caſibus, & magna mole periculorum conſuli mandabat Senatus ne quid Reſpu. detrimenti caperet: tum ipſe dictatoriam ſibi vim vſurpabat, & de ciuium capite ſuo arbitrio ſtatuebat. Legimus enim C. Gracchũ ſine populi iuſſu interfectum fuiſſe, nec eum ſua lege aduerſus conſulem ſe tueri potuiſſe. Præterea merum imperium ſententiarum dici exequutionem non exiſtimo: cum in exequendis ſententiis nulla neceſſaria ſit poteſtas, ſed exequutorem iubentis præcepto parêre oporteat: vt ex illa improbiſsimi Caracallæ iuſsione cuius meminimus, cõſtat. Sunt igitur iuriſdictionis, ſententiarum exequutiones. Iis enim lites finem accipiunt, deciſáque iudicis pronuntiatione cauſa ad effectum perducitur. Itaqùe Prætor dati a ſe iudicis ſententiam exequebatur.

L. Properandũ. § Sin autem. C. de iudic.
L. A Diuo Pio. de re iudica.

De mixto imperio.

DIximus quid ſit iuriſdictio, quídque imperium, quod cum ea commune nihil habet: ſupereſt vt de eo imperio videamus quod ipſam comitatur. Equidem rectè illud ipſum a iureconſultis mixtum dici imperium exiſtimo. Huiuſmodi eſt enim, vt ſine iuriſdictione eſſe nequeat: & ſine eo ipſa ſit vana & inutilis. Mixtum eſt igitur imperium quod iuriſdictioni immixtum eſt, ſiue vt iureconſulti loquuntur, quod iuriſdictioni cohæret, ſiue cui iuriſdictio ineſt. Et ſatis ex antiqua hiſtoria intelligere poſſumus Populi Rom. magiſtratum omnem omnino poteſtatem quæ neceſſaria iuri dicundo erat habuiſſe, vt ſimul cũ iuris dicundi licentia ipſum acciperet magiſtratus imperium. Ideóque Vlpianus ius dicentis officium latiſſimum eſſe ſcribit. Nam & bonorum poſſeſsionem dare poteſt, & in poſſeſsionem mittere, pupillis non habentibus tutores conſtituere, iudices litigantibus dare. Ius dicentem verò magiſtratum appellat Vlpianus, vt alij etiam iureconſulti. Papinianus cum prætorem dixiſſet, poſtea ſubiecit: Etenim ius dicenti propoſitum eſt, liberos oneribus hæreditariis &c. Quanuis autem

L. j. in fin. de offic. cui. & l. 3. de iuriſd.

L. j. de iuriſ.

L. Si filius qui. de vl. & pupill.

Tutoris

tutoris datio neque iure magiſtratus, neque propter imperij vim, neque iuriſdictionis nomine cõpetat, ipſa tamẽ ad iũs dicentis officiũ pertinet, non tanquam aduentitia aliqua poteſtas, ſed quia lex vel S. C. vel princeps eam nominatim magiſtratui dedit: adeò vt qui ius dicere poteſt, pupillis non habentibus tutores cõſtituere poſsit. Et aduentitia quidem ea dici poteſtas nequit, quæ eſt huiuſmodi vt ſemel delata, ad magiſtratus officium tanquam propria pertineat, eiúſque imperio inhæreat. Eadem ratione cognitionem de ſuſpectis tutoribus, aduentitiæ poteſtatis dicendã eſſe iudicaremus. Nam & ea nominatim magiſtratui data eſt. Scribit enim Vlpianus: Damus ius remouendi ſuſpectos tutores Romæ prætoribus: in prouinciis Præſidibus earum. Sed ſubiicit: quia mandata iuriſdictione, totum officium iuris dicundi ad eum tranſit. Quibus verbis ſignificat ipſam tutores remouendi poteſtatem, propriam eſſe magiſtratus: adeò vt is cui mandata eſt iuriſdictio, eam ipſam habeat. Cæterum huius imperij & iuriſdictionis affinitatem ex iis rectè intelligemus quæ Paulus lib. decimooctauo ad Plautium & Vlpia. libr. ſingul. de officio quæſtoris ſcripſerunt. Ait enim ille: Mandata iuriſ-

18. L. Mutuo. §. Tutor. de tute.

L. j. de ſuſ. ſpec. tut.

dictione priuato, etiam imperium quod non est merum, videtur mandari: quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est. Vlpia. Mixtum imperium est cui iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit: vt etiam iurisdictio iudicis dandi licentia (sic enim in vulgatis Codicibus legitur: nec referre existimo an ita vel aliter scripsisse iuriconsultũ dicamus) Atque vt prius de Pauli responso loquamur, ipse modicam coercitionem mixti esse imperij disertè affirmat: quod etiam lex Ciceronis de qua iam diximus, significat. Is enim statuit non obedientem & noxium ciuem multa vinculis verberibúsque à magistratu coerceri posse. Sed ex eo rectè mixtum imperium definiri modicam coercitionem, cui inest iurisdictio, non sequitur. Nam imperium coercitionem non dici, suprà ostendimus: nec omne magistratus imperium aut in coercitione aut in iure dicundo positum est, cum multa sint in quibus maior imperij potestatísque vis cernitur quàm iurisdictionis, quæ tamen mixti esse imperij nemo inficiatur. Et iubere quidem cauere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, imperij magis est quàm iurisdictionis: ideóque non simpliciter iurisdictionis dicitur,

L. v. de off. eius. &c. L. iij. de iurisd.

19.

citur, ſed mixti imperij. Quis eſt autem qui eam cautionem in animaduerſione poſitam eſſe contendit? Sed dicturum aliquem ſuſpicor, iubere cauere prætoria ſtipulatione, & mittere in poſſeſsionem, iuriſdictionis eſſe, ídque propter Vlpiani verba, qui ſic de damno infecto ſcribit: Cum res damni infecti celeritatem deſiderat, & periculoſa dilatio prætori videtur, ſi ex hac cauſa ſibi iuriſdictionem reſeruet, ideo magiſtratibus municipalibus delegandum hoc rectè putauit. Mihi autem aliud ſemper viſum eſt. nec enim vnquam rectè quis intellexit iuriſconſultorũ in hac quæſtione ſubtilitatem: quæ tamen maxima eſt. Nam cum ipſi iuriſdictionem cohærere aut ineſſe mixto imperio dicunt, hoc ſignificant, purum eſſe non poſſe hoc imperiũ, ſed iuriſdictionem ita ipſi immixtã eſſe, vt diuel[illegible] ſepararíque ab ea magis non poſsit quàm aqua vino immixta ab eo diſtingui. vtar enim hac ſimilitudine, cum etiam Martialis verſus ad hanc quæſtionem vſurpentur.

L.j. de dam. infec.

Sit ciſterna mihi, quàm vinea malo Rauennæ,
Cum poßim multo vendere pluris aquam.

Callidus imposuit nuper mihi caupo Rauennæ:
Cum peterem mixtum vendidit ille merum.

Non est igitur mirum si indifferenter ea quæ sunt mixti imperij, id est imperij & iurisdictionis, magis tamen imperij, in iure dicundo posita esse dicantur: cum etiam ad ius dicentis officium pertineant: nec possit sine iurisdictione hoc ipsum esse imperium: vt nec exerceri sine eo potest iurisdictio. Quamobrem constat inutiles esse & iureconsultis indignas distinctiones eorum qui iurisdictionis partem quamdam magis imperiosam esse, quandam magis iuridicam: & imperij quod in iure dicundo versatur, quandam etiam partem magis iuridicam, quandam magis imperiosam dici posse existimant. Si enim propius inspiciamus, in ius dicentis officio imperium & iurisdictionem propria sua munera habere intelligemus. est enim imperium, ipsa magistratus potestas: iurisdictio autem, iuris dicundi licentia. Sed hæc ita cohærent, vt mixtura quadam coniungantur, nec separari possint. Si igitur iurisdictionem partiamur, eiúsque imperium partem vnam faciamus, mixtu-

mixturam illam diſcernamus oportet. quod quàm abſurdum ſit,& à iureconſultorum opinione alienum, nemo eſt qui neſciat. Et certè mixtum imperium à iuriſdictione diſtingui eo non poteſt, quòd ipſum cauſæ cognitionem non deſideret, hæc verò in his ſit quæ ſine cauſæ cognitione expediri nequeunt. Nam vt ingenuè quod ſentio dicam, omne magiſtratus officium quod iure dicundo occupatur, iuriſdictionem ſignificat: mixtum autem imperium nihil aliud eſt quàm poteſtas ſine qua ius dici non poteſt. Ergo vbicunque iuriſdictio eſt, abeſſe mixtum imperium nequit. Et qui hoc imperio vtitur, ius dicentis officio fungi exiſtimatur. Quod etiam clarius ex Vlpiani reſponſo apparet: de quo prius quàm dicamus, diſſoluenda eſt non facilis antinomia, 21
cuius nos admonent verba Vlpiani à nobis ex titulo de damno infecto relata. Nam apud Paulum legimus, ea quæ magis imperij ſunt quàm iuriſdictionis, magiſtratum municipalem facere non poſſe: cum tamen Vlpianus dicat duas res magiſtratibus municipalibus prætorem vel præſidem iniunxiſſe, cautionem, & poſſeſſionem: cætera ſuæ iuriſdictioni reſeruaſſe. Nonnullis diſtinguendum placet, vt ea quæ imperij magis ſunt quàm iuriſdictionis,

L. Ea quæ. Ad munici.
L. Dies. de damn. infec.

cum causę cognitionem non desiderant, facere possint magistratus municipales. hoc est, non sint incapaces huiusce iurisdictionis. Eas verò res quæ causæ cognitionem desiderant, absurdè fecisset Prætor si magistratibus municipalibus in perpetuum dedisset (non dico mandasset) incapacibus scilicet huiusce iurisdictionis. Vti enim Paulus scribit, vbicunque causæ cognitio necessaria est, ibi prætor desideratur. Equidem ex ipsorum iureconsultorum libris hanc non potui colligere distinctionem: nec scio an eis placuerit. Propius est autem vt id sequamur quod Paulus scribit, atque magistratus municipales ea quæ imperij magis sunt quàm iurisdictionis, facere non posse dicamus: iis autem aliquando cautionem & possessionem prætorem vel præsidem iniungere, specialitérque mandare: id est, mea sententia: cum iusit prætor vel præses cauere damni infecti, & nisi caueatur, in possesionem aduersarium mitti, tum magistratui municipali cautionem & possessionem iniungit: vt scilicet cauere faciat, & in possesionem mittat. Et hoc quidem nudi est ministerij: illud verò suæ iurisdictioni reseruauit prætor, quia imperij magis est quàm iurisdictionis. Id igitur prætor ad ma-

magiſtratum municipalem remittebat,in quo minimè ſuo imperio opus erat, vt localem inquiſitionem. Semper enim adibatur prætor *d.l.dies.* qui cauere damni infecti iubebat, pœnam ſi non caueretur adiiciens,vt in poſſeſsionẽ mitteretur.Nunc ad Vlpianum veniamus.Is cùm *L.vlt.ne vis fiat ei &c.* imperij duo eſſe genera dixiſſet,vtrunque eleganter explicauit,nõ tam ad ſuperſtitioſas phi *L.3. de iurisd.* loſophorum regulas,quàm ad familiarem iurecõſultorum rationem definiens.Dixit enim 22 merum imperium eſſe habere gladii poteſtatẽ ad animaduertẽdum in facinoroſos homines. Exactius autem mixtum imperium deſcripſit illud eſſe cui iuriſdictio ineſt: atque exemplis, imperij & iuriſdictionis affinitatem oſtendit. Nam mixtum imperium in danda bonorum poſſeſsione conſiſtit,vt etiam iuriſdictio, & in iudicis dandi licẽtia. Et ex Ciceronis quidem oratione contra C.Verrem quæ eſt de prętura vrbana, conſtat in iure dicundo fuiſſe decreta & bonorum poſſeſsionis dationes: pertinent enim ad ius ſuum cuique reddendum. Sed & in iis verſari magiſtratus imperium nemo dubitat,cùm luſoria eſſent decreta,ſi is decerneret, cui parêre nemo cogeretur. Vnde Vlpianus,Si quis(ait)quòd decreto prætoris nõ obtemperauerit,ductus ſit: non eſt in ea cauſa vt

L. Iniuriarum. §. Si quis. de iniur.

agat iniuriarum propter prætoris præceptum. Idem de bonorum possessione: Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur quàm pro tribunali: quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorũ possessio alibi quàm pro tribunali dari potest. Iudicis verò dandi licentiam, & iurisdictionis

L. 3. de bono. possess.

23 & imperij esse multis ex locis cõstat. Primùm enim ex Ciceronis orationibus apparet eum qui iuri dicundo præerat, dare iudices potuisse, qui non iurisdictionem, sed de quauis alia re notionem habebant. Cùm enim iudicium conciperet magistratus, nec alia de re, quàm quæ formula cõtineretur, cognoscere ipsi possent dati iudices, ius dicere videbatur magistratus non minus quàm cũ suæ notionis examen adhibebat. Est huius antiquę solennitatis insigne exemplum in frumentaria Ciceronis contra Verrẽ oratione. Xenonis (inquit) Meneni nobilissimi hominis fundus erat colono locatus. Colonus, quòd Decumanorum iniurias ferre nõ poterat, ex agro profugerat. Verres in Xenonem iudicium dabat illud suum damnatorium de iugerũ possessione. Xenon ad se pertinere negabat, fundum elocatum esse dicebat. dabat iste iudicium, si pateret iugera fundi esse plura quàm colonus esset professus, tum

L. vt fundus. Com. diuid. Cice. pro Quintio.

tum Xenon dãnaretur. Et paulo pòst. Xenon tametſi recuperatores ex cohorte latronũ ſibi parari videbat,tamen iudicium ſe accepturum eſſe dicebat.Idem in prætura Siciliẽſi. Si verò illud quoque accedet,vt Prætor in ea verba iu dicium det,vt vel Octauius Balbus homo & officij & iuris peritiſsimus non poſsit aliter iu dicare,&c.Idem pro Cęcinna:Etenim ſi prætor is qui iudicia dat, nunquam petitori præſtituit qua actione illum vti velit:videte quàm iniquum ſit, conſtituta iam re, iudicem,quid agi potuerit, aut quid poſsit, non quid actum ſit,quærere. Quamobrẽ rectè Calliſtratus hac principis reſcriptione, Eum qui prouinciæ præeſt,adire potes: ſuſcipiẽdæ cognitionis neceſsitatem magiſtratui non imponi,ſed exiſtimare eum debere vtrum ipſe cognoſcat, an iu dicem dare debeat,reſpondit:cùm æquè ius di cat cognoſcẽs, & iudices dans. Verùm ſi propius inſpiciamus:hanc iudicis dandi licentiam magis eſſe imperij quàm iuriſdictionis intelligemus:Scribit enim Paulus lib.18.ad edictũ: *L.Sæpe au diui. & l. ſeq. de offi. præſid.* Cùm prętor vnum ex pluribus iudicare vetat, cęteris id committere videtur.Iudicem autem dare poſſunt quibus lege vel conſtitutione vel *L.Cũ prætor.de iud.* ſenatuſconſulto conceditur. Lege, ſicut Proconſul.Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio,

iudicem dare poteſt, vt ſunt legati proconſulum: item ij quibus id conceſſum eſt propter vim imperij: ſicuti præfectus vrbi, cæteríque Romæ magiſtratus. Ex quo quidem reſponſo diſertè conſtat ius dandorum iudicum nõ tam iuriſdictionis nomine, quàm vel ſpeciali aliquo iure, vel propter vim imperij competere. Quod & Vlpia. lib. 5. opinionum confirmat.

L. Qui neque. de iud. Qui neque iuriſdictioni præeſt, neque à principe poteſtate aliqua prędítus, neque ab eo qui ius dandorum iudicum habet, datus eſt, nec ex compromiſſo ſumptus, vel aliqua lege confirmatus eſt, iudex eſſe non potuit. Obſeruãdum

L. De qua re. de indic. eſt etiam iureconſultos de datis iudicibus loquentes, eos ſæpius iudicare iuſſos appellare.

24 *L. Eũ qui. de iuriſd.* Vlpianus libro ſecundo ad Sabinum. Eum qui iudicare iubet, magiſtratum eſſe oportet. Sed videtur rectè hoc loco iudicare iuſſum pro dato iudice accipi non poſſe, cùm is cui mandata eſt iuriſdictio, poſsit (vt diximus) iudicem dare, mãdari autem iuriſdictio etiam priuato ſoleat. Paulus: Mandata iuriſdi-

L. vlti. de offic. eius &c. ctione priuato (inquit) etiam imperium quod non eſt merum, videtur mandari. Equidem non poſſum hîc magiſtratum iudicare iubentem interpretari conſilium exercentem, cùm aliter iureconſulti hæc vſurpent. Sed nec ma-

gis placet Vlpianum de iis tantùm loqui magistratibus, quibus more maiorum iudices dare licet: cùm ille proconsulis meminerit, cui lege id concessum est. Itaque videndum est ne non maioris sit imperij iudicare iubere, quàm iudices dare. Siquidem Paulus dixit de prætore, quem magistratum esse constat. Cùm verò subiecit, eum cui mandata est iurisdictio, iudicem dare posse, non ipsum iudicare iubere adiecit: vt verius esse existimem, magistratum posse iudices quos dedit iubere iudicare: eum verò cui mandata est iurisdictio, dare litigatoribus iudices: ídque propter regulam, quæ à Iaboleno traditur libro sexto ex Casiod. Cui iurisdictio data est: ea quoque concessa videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Verùm ipsos vt iudicent, cogere non posse. Ex his quæ diximus, constat non omnino malè veteres interpretes dixisse hoc imperium nobili officio exerceri: sed eorum doctrina à iureconsultorum sententiis aliena est. Vt enim prætermittam nobilis & mercenarij officij nouam esse distinctionem: equidem scio nobile officium melius dici Prætoris esse, mercenarium verò dati iudicis. Magistratus enim formulam liberè concipiebat, id est ita vt adstri-

d.l.Cum prætor.

L.2.de iurisd.

25

L.veluti.de verb.oblig. L.Sed et si. §.per magistratus.ex quib.

ctus ei non esset: eíusque officium erat dare actionem, iudicésque constituere: atque ita iurisdictionem officio etiam nobili exercebat: ipsi autem dati iudices, vt mercenarij quidam in formula prætoriana conclusi, de eo tantùm cognoscebant, quod in iudicium deductum erat: & facti tantum, non etiam iuris notionem habebant. Ideóque Vlpia. iudici, ait, statim atque iudex factus est, earum rerum officium incumbit, quæcunque in iniudicium versantur. ea autem quæ ante iudicium contingunt, ad eum non pertinent, non magis quàm quæ post acceptum iudicium contingere possunt. Sed non seruum est adeò, formulæque præscriptæ obnoxium iudicis officium, vt nihil eius religioni arbitrio & sententiæ relinquatur. Sunt enim & clausulæ, Ex bona fide, & arbitraria pleráque iudicia, de quibus alio loco diximus. Quamobrem cõstat & imperium & iurisdictionem magistratus officio explicari, iudicis verò officium in sola notione totum esse. Quod ideo adieci, vt viderẽt qui ex commentariis sapiunt, ne non à iurisconsultis dissiderent. Itaque intelligimus quomodo iurisdictioni mixtũ insit imperium, idque ex ipso Vlpiano. Quod cum ita sit, eius verba præter omnium exemplarium fidem corrumpere non

L.Aediles. §.Itẽ sciendũ.de ædil. edict. L.Nõ potest.de iudic.

nō oportet. Non enim ipse quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictionem esse, & iurisdictionem esse etiam iudicis dandi licentiam existimat, sed disertè imperij & iurisdictionis affinitatem (vt diximus) significat. Quam etiam Paulus indicat, cùm Papinianum notans, imperium quod iurisdictioni cohæret, mandata iurisdictione transire scribit. quod ita intelligendum est, ut omnia quæ sunt iurisdictionis, aut mixti imperij, mādari posse dicamus. Est enim quædam iurisdictio quæ 26
speciali iure nominatímque magistratui tribuitur: quī eam in alium transferre non potest. Quædam quæ communi magistratus iure, ac more maiorum competit: eáque mandata transit. Hanc distinctionem suprà ex Papiniano confirmauimus. Itaque potest magistratus iurisdictionem mandare, siue omnem, siue speciem: idest vt is cui mandata est, vel omnia quæ ad iurisdictionem pertinent, exercere, vel de vna tātùm specie, aut in certas personas ius dicere posit. Nam ex Macro Pretorem omnium causarum alicui mandasse iurisdictionem intelligimus. Eadem ratione imperium quod iurisdictionem comitatur, si ea mā data transeat, ipsum quoque mandari videtur. secus si non posit illa transferri. Quicquid

d.l.iij.in fi. de iurisd.

L.j.de offic. eius.&c.

L.Solet.& seq. de iur. L.Cognitio.de offic. eius.&c.

igitur sit magistratus, si iurisdictionem mandet, ea non transeunt quæ ipsi specialiter vel lex vel senatusconsultum vel princeps ob singularem industriam (explorata eius fide & grauitate) tribuit, ideóque Vlpianus iurisdictionem ex causa transactionis alimentorum quæ testamento vel codicillis relicta fuerint, præsidem prouinciæ vel prætorem mandare non posse respondit: & alio loco idem, mandata iurisdictione à præside, consilium non posse exercere eum cui mandatur, nec quæstionem distrahendorum pupilli prædiorum transferri scribit. Et Papinianus ipse an mandata iurisdictione à proconsule legato, publici iudicij exercitatio transferatur, eleganter disputat. Sed eam quæstionem in titu. de officio eius cui mandata est iurisdictio, tractabimus.

L. Cum ij. §. Sed nec mandare. de transact.

L. ij. de offi. eius. &c.

FINIS.



Errores in excudendo commiſſos ſic corrige.

Fol.7.pag. 1. lin. 20. add.agit, poſt parte. fol. 9.pag. 2. lin. 5. add.idem, poſt magis. fol.10. pag.2. lin. 8.add. magis,poſt aliquid fol. 18.pag.1. lin.12.leg. nudum. fol. eo.pag. 2. lin.vlt.add.nec,ante plures. fol.26. pag.2. lin. 4.leg.ſpatij. fol.eo. pag. ea. lin. 16. del.ex. fol. 38. pag. 2.lin.25.leg. probatio. fol.44.pag.2.lin.7.leg. eam à defuncto illatam. fol.45.pag.1.lin.7.leg.acceptam. fol.49. pag.2.lin.5.add.dicit vt,poſt. S. C. fol.55. pag.2.lin.16. leg.animaduerti.

Quæ ab aliis leges,à nobis capita appellantur.

